

Die schweizerische Ausverkaufsordnung

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

DANIEL LEHMANN
von Langnau i.E. BE

1982

Genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Bruno von Büren
Prof. Dr. Walter R. Schluep

Die schweizerische Ausverkaufsordnung

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

DANIEL LEHMANN
von Langnau i.E. BE

Genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Bruno von Büren
Prof. Dr. Walter R. Schluep

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



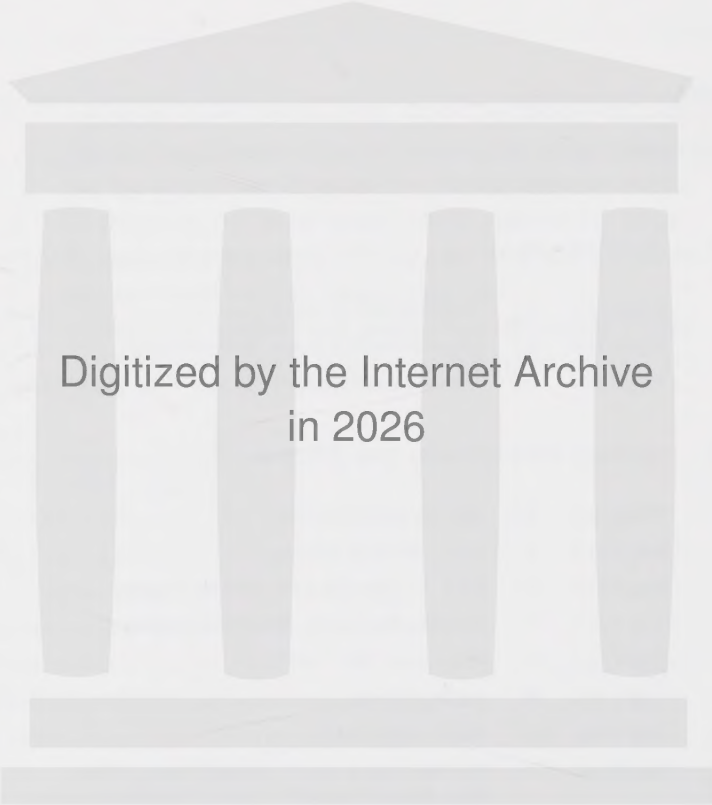
Für Eva

Ich danke Herrn Professor Dr. Bruno von Büren, dass er mir das vorliegende Thema zur Bearbeitung anvertraute und mir mit seinen Hinweisen und Ratschlägen von Beginn an hilfreich zur Seite stand; ebenso spreche ich Herrn Professor Dr. Walter R. Schluep, der sich als Koreferent zur Verfügung stellte, meinen Dank aus.

Schliesslich gebührt auch meiner Frau und meinen Eltern für ihre stete Unterstützung mein herzlicher Dank.

U E B E R S I C H T

Inhalt	9
Abkürzungen.....	16
Literatur.....	19
Gesetzestexte.....	26
 Teil I: Einführung.....	 39
Kapitel 1: Geschichtliches	40
Kapitel 2: Wirtschaftliche Bedeutung.....	61
Kapitel 3: Verfassungsmässigkeit der Regelung..	73
 Teil II: Ausverkaufsordnung des Bundes.....	 149
Kapitel 4: Geltungsbereich.....	150
Kapitel 5: Die Bewilligung.....	199
Kapitel 6: Die öffentliche Ankündigung.....	233
Kapitel 7: Beschränkende Bestimmungen.....	251
Kapitel 8: Vollzug der AVO.....	301
Kapitel 9: Sanktionen.....	333
Kapitel 10: Rechtsschutz.....	353
Kapitel 11: Verhältnis zur Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen.....	371
 Teil III: Zukünftige Entwicklung.....	 375
Kapitel 12: Gesetzesrevision.....	376



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507202_0067

I N H A L T

Abkürzungen.....	16
Literatur.....	19
Gesetzestexte.....	26
TEIL I	
EINFUEHRUNG.....	39
KAPITEL 1	
GESCHICHTLICHES.....	40
I	
Allgemeines.....	40
II	
Rechtliche Regelung des Ausverkaufes.....	41
A. Ausland.....	41
1. Deutschland.....	41
2. Frankreich.....	48
3. Andere europäische Länder.....	49
B. Schweiz.....	51
KAPITEL 2	
WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG.....	61
I	
Einleitung.....	61
II	
Allgemeines.....	61
III	
Erscheinungsformen des Ausverkaufs.....	63
A. Total- und Teilausverkauf.....	63
B. Sonderverkauf.....	65
IV	
Bedeutung von Aus- und Sonderverkauf.....	69
KAPITEL 3	
VERFASSUNGSMAESSIGKEIT DER RECHTLICHEN REGELUNG DES AUSVERKAUFS.....	73
I	
Einleitung.....	73
II	
Die HGF als verfassungsmässig garantiertes Recht.....	73
A. Historisches.....	73
B. Grundsatz der HGF nach geltendem Recht....	85
1. Die HGF als Individualrecht.....	85

a) Wortlaut.....	85
b) Der geschützte Personenkreis.....	89
c) Gegenstand der HGF.....	93
d) Inhalt.....	95
2. Die HGF als Institutsgarantie.....	97
a) Allgemeines.....	97
b) Mögliche Wirtschaftssysteme.....	98
c) Horizontalwirkung.....	102
C. Abweichungen vom Grundsatz der HGF.....	103
1. Allgemeines.....	103
2. Vorbehalt der Rechtsordnung.....	104
3. Von der HGF ausgenommene Gebiete.....	106
a) Allgemeines.....	106
b) Monopole des Bundes.....	108
c) Monopole der Kantone.....	109
d) Oeffentliche Aemter.....	112
4. Eigentliche Einschränkungen der HGF...113	
a) Massnahmen im Rahmen der HGF.....	113
b) Von der HGF abweichende Massnahmen..116	
c) Polizeiliche Einschränkungen der HGF.....	121
5. Die kantonalen Gewerbesteuern.....	132
D. Die HGF und das Privatrecht.....	133
E. Die HGF und das Wettbewerbsrecht.....	135
1. Allgemeines.....	135
2. Aufgaben des Wettbewerbsrechtes.....	136
a) Kartell- und Monopolrecht.....	136
b) Das Recht betreffend den unlau- teren Wettbewerb.....	137
3. Das BG über den unlauteren Wettbe- werb.....	138
a) Das Schutzobjekt.....	138
b) Art der Rechtsbehelfe.....	140
c) Der unlautere Wettbewerb.....	141
d) Die Regelung des Ausverkaufs- wesens.....	144

4. Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zur HGF.....	145
---	-----

TEIL II	AUSVERKAUFSORDNUNG DES BUNDES.....	149
KAPITEL 4	GELTUNGSBEREICH DER AUSVERKAUFSORDNUNG.....	150
I	Der Begriff des Ausverkaufs.....	150
	A. Der wirtschaftliche Begriff.....	150
	B. Der rechtliche Begriff.....	151
II	Die Ausverkaufsarten.....	157
	A. Allgemeines.....	157
	B. Der Totalausverkauf.....	159
	C. Der Teilausverkauf.....	162
	D. Der Sonderverkauf.....	165
III	Nicht unterstellte Veranstaltungen.....	168
	A. Allgemeines.....	168
	B. Nichtunterstellte Sonderverkäufe.....	169
	C. Besondere Verkaufsveranstaltungen.....	173
IV	Die Voraussetzungen der Unterstellung im Einzelnen.....	174
	A. Allgemeines.....	174
	B. Veranstaltung des Detailverkaufes.....	175
	C. Die öffentliche Ankündigung.....	179
	D. Das Inaussichtstellen einer beson- deren Vergünstigung.....	184
	E. Die vorübergehende Natur der Vergün- stigung.....	192
KAPITEL 5	DIE BEWILLIGUNG.....	199
I	Allgemeines.....	199
II	Geltungsbereich der Bewilligung.....	203
	A. In sachlicher Hinsicht.....	203
	B. In örtlicher Hinsicht.....	203
III	Inhalt und Form der Bewilligung.....	206

IV	Erteilung der Bewilligung.....	207
V	Verweigerung der Bewilligung.....	209
VI	Entzug der Bewilligung.....	213
VII	Das Bewilligungsverfahren.....	216
VIII	Die allgemeine Bewilligung für Sonderverkäufe.....	224
IX	Besondere Verhältnisse.....	230
KAPITEL 6	DIE OEFFENTLICHE ANKUENDIGUNG.....	233
I	Allgemeines.....	233
II	Notwendiger Inhalt der Ankündigung.....	235
III	Unzulässiger Inhalt der Ankündigung.....	237
	A. Allgemeines.....	237
	B. Einzelne Fälle.....	239
	C. Ansprüche beim Vorliegen unzulässiger Ankündigungen.....	245
IV	Zeitpunkt der Ankündigung.....	247
KAPITEL 7	BESCHRAENKENDE BESTIMMUNGEN.....	251
I	Zeitliche Beschränkungen.....	251
	A. Allgemeines.....	251
	B. Aus- und Sonderverkaufszeiten.....	253
	1. Total- und Teilausverkäufe.....	253
	2. Sonderverkäufe.....	258
	3. Besondere Verhältnisse.....	260
	C. Dauer der Veranstaltung.....	261
	1. Total- und Teilausverkauf.....	261
	2. Sonderverkauf.....	263
	D. Häufigkeit der Veranstaltungen.....	264
	1. Sonderverkäufe.....	264
	2. Wartefrist bei Total- und Teil- ausverkäufen.....	265
II	Sachliche Beschränkungen.....	267
	A. Der Vor- und Nachschub von Waren.....	267

1. Allgemeines.....	267
2. Der Grundsatz des Schubverbotes und seine Kontrolle.....	269
a) Die zum Warenschub gehörenden Elemente.....	270
b) Kontrolle über den unzulässigen Warenschub.....	276
3. Besondere Verhältnisse.....	278
B. Das Geschäftseröffnungsverbot.....	279
1. Allgemeines.....	279
2. Die Regel.....	281
a) Beim Totalausverkauf.....	281
b) Beim Teilausverkauf.....	285
3. Die Ausnahmen.....	286
a) Anfängliche Ausnahme.....	286
b) Nachträgliche Ausnahmen.....	288
4. Der besondere Fall.....	289
5. Verfahrensrechtliches.....	289
a) Zuständigkeit.....	289
b) Veröffentlichung.....	290
6. Zuwiderhandlung gegen das Verbot.....	291
7. Verfassungs- und gesetzesrechtliches.....	292
a) Allgemeines.....	292
b) Das Geschäftseröffnungsverbot nach erfolgtem Totalausverkauf.....	293
c) Das Wiederaufnahmeverbot nach erfolgtem Teilausverkauf.....	294
C. Die Aussonderung.....	295
III Räumliche Beschränkung.....	297
KAPITEL 8 VOLLZUG DER AVO.....	301
I Aufgaben der Kantone.....	301
II Befugnisse der Kantone.....	303
III Das Erheben von Gebühren.....	306
A. Allgemeines.....	306
1. Die Gebühr.....	306

2. Die Steuer.....	308
3. Die Gemengsteuer.....	313
4. Ergebnis.....	314
B. Die Ausgestaltung der kantonalen Ausverkaufsabgaben.....	315
KAPITEL 9 SANKTIONEN.....	323
I Verwaltungsrechtliche Massnahmen.....	323
A. Allgemeines.....	323
B. Die Aufsicht über die Veranstaltungen....	324
1. Auskunftspflicht.....	325
2. Zutritt zu den Geschäfts- und La- gerräumlichkeiten.....	325
3. Einsicht in die Geschäftsbücher.....	326
C. Der eigentliche Verwaltungszwang.....	327
1. Die möglicher Zwangsmassnahmen.....	328
2. Insbesondere die Geschäftsschlies- sung.....	329
II Strafrechtliche Sanktionen.....	333
A. Allgemeines.....	333
1. Nebenstrafrecht des Bundes.....	333
2. Allgemeine Bestimmungen des StGB.....	334
3. Die Strafverfolgung durch die Kantone.....	335
4. Kantonale Strafbestimmungen.....	337
B. Die Tatbestände.....	341
1. Vergehen nach Art. 19 AVO.....	341
2. Uebertretungen nach Art. 20 Abs. 1 und 2 AVO.....	343
C. Besonderheiten in Abweichung des all- gemeinen Teils des StGB.....	346
1. Publikation des Strafurteils bei Uebertretungen.....	346
2. Die strafrechtliche Verantwortlich- keit des Geschäftsherrn.....	348

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Han- delsgesellschaften.....	351
--	-----

KAPITEL 10 RECHTSSCHUTZ.....	353
------------------------------	-----

I	Bei strafrechtlichen Entscheiden.....	353
	A. Rechtsmittel auf kantonaler Ebene.....	353
	B. Rechtsmittel auf Bundesebene.....	354
	1. Die Nichtigkeitsbeschwerde.....	354
	2. Die staatsrechtliche Beschwerde.....	359
II	Bei verwaltungsrechtlichen Entscheiden.....	362
	A. Rechtsmittel auf kantonaler Ebene.....	362
	B. Rechtsmittel auf Bundesebene.....	363
	1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht.....	363
	2. Die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht.....	367
	C. Das Verhältnis der kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittel.....	368

KAPITEL 11 DAS VERHAELTNIS DER AVO ZUR VERORDNUNG UEBER DIE BEKANNTGABE VON PREISEN.....	369
---	-----

I	Zweck und Inhalt der PBV.....	369
II	Das Verhältnis der AVO zur PBV.....	370

TEIL III	ZUKUNFTIGE ENTWICKLUNG.....	373
----------	-----------------------------	-----

KAPITEL 12 GESETZESREVISION.....	374
----------------------------------	-----

I	Pevision des UWG.....	374
II	Neugestaltung der AVO.....	375
	A. Total- und Teilausverkäufe.....	375
	B. Sonderverkäufe.....	376

A B K U E R Z U N G E N

Abs.	Absatz
AG	Aargau
AI	Appenzell Innerrhoden
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
AVO	Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 16.4.1947
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes (Lausanne)
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BL	Basel Land
BS	Basel Stadt
BStP	Bundesstrafprozessordnung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement

f./ff.	folgende
FN	Fussnote
FR	Freiburg
G	Gesetz
GE	Genf
GL	Glarus
GR	Graubünden
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
JU	Jura
Kt.	Kanton
lit.	litera
LU	Luzern
m.a.W.	mit anderen Worten
N.	Note
NE	Neuenburg
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 20.12.1968
OR	Obligationenrecht
OW	Obwalden
PBV	Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978
R	Règlement
S.	Seite
SH	Schaffhausen
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SG	St. Gallen
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SO	Solothurn
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZ	Schwyz
TG	Thurgau
TI	Tessin
u.Diss.	ungedruckte Dissertation
u.E.	unseres Erachtens
UR	Uri
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
V	Verordnung
VD	Waadt
vgl.	Vergleiche
VS	Wallis
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Zug
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ALBISSER Johann, Die Grundsätze des baselstädtischen Gebührenrechts, u. Diss. Basel, 1976.
- ALLEMANN Hugo, Die Handels- und Gewerbefreiheit-wankende Säule unserer Wirtschaftsverfassung, WuR 25, 1973, S. 2ff.
- AMMANN Werner, Die Auslegung von Verwaltungsrecht durch das Bundesgericht, Diss. Zürich 1973.
- AUBERT Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967.
- BAUDENBACHER Carl, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144, 1980, S. 145ff.
- BAUMBACH/HEFERMEHL; Wettbewerbsrecht, München 1978.
- BENDEL Felix, Der Verwaltungszwang nach Bundesrecht, ZBJV Ed. 104, 1968, S. 281ff.
- Bericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943 an das eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vom Frühjahr 1980 (zit. Bericht Exp. Komm.)
- BINDSCHEDLER Rudolf L., Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, SJZ 38, 1941/42, S. 292ff.
- BLANC Charles, 50 Jahre Schweizerischer Detaillistenverband, Zürich 1959.
- BLUMENSTEIN Ernst, System des Steuerrechts, Zürich 1971.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines EG über den unlauteren Wettbewerb vom 11. Juni 1934, BB1 1934 II, S. 513ff. (zit. Botschaft I).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über den unlauteren Wettbewerb vom 3. November 1942, FB1 1942, S. 665ff. (zit. Botschaft II).
- BOECKLI Peter, Zur Garantenhaftung des Vorgesetzten im Verwaltungsstrafrecht, namentlich bei Steuerstrafen, ZStP, Bd. 97, 1980, S. 73ff.

- BUEREN Bruno VON, Kommentar zum BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 unter Einschluss der Ausverkaufsverordnung vom 16. April 1947, Zürich 1957.
- BURCKHARDT Walther, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931.
- CASTELBERG Carlo VON, Grundlagen des Schweizerischen Wettbewerbsrechtes, Diss. Zürich 1948.
- CHRISTEN Heinz Peter, Beschränkungen der Werbefreiheit durch die Reglementierung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, WuR 18, 1966, S. 159ff. (zit. Werbefreiheit)
- CHRISTEN Heinz Peter, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Diss. St. Gallen 1970 (zit. Wirtschaftsverfassung).
- CLAD Clovis, Der Ausverkauf, Diss. Leipzig 1913
- DAVID Lucas, Schweizerisches Werberecht, Zürich 1977.
- Entwurf der Expertenkommission für die Revision des UWG, Frühjahr 1980 (zit. Entwurf Exp. Komm.).
- Erläuterungen zur Verordnung des Bundesrates vom 16. April 1947 über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen (Ausverkaufsverordnung), 16.4.1947 (zit. Erläuterungen).
- ESCARRA Jean, Cours de droit commercial, Paris 1952.
- FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976.
- FLEINER Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977.
- FLUELER Rudolf, Die rechtliche Regelung des Ausverkaufswesens in der Schweiz, Diss. Bern 1957.
- FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, München und Berlin 1961.
- FREY Hugo Albert, Der Ausverkauf im Schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Zürcherischen Gesetzes über das Ausverkaufswesen vom 26. August 1917, Diss. Zürich 1935. (zit. H. Frey).
- FREY Urs Peter, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich 1965. (zit. U. Frey).
- GERMANN Oskar Adolf, Vorschläge zur bundesrechtlichen Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, ZSR 55, 1936, 182ff. (zit. Vorschläge).

- GERMANN Oskar Adolf, Richtlinien für eine bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, Bern 1935. (zit. Richtlinien)
- GERMANN Oskar Adolf, Verfassungsrechtliche Schranken der Gesetzgebung über das Ausverkaufswesen, SJZ 22, 1936. (zit. Schranken)
- GERMANN Oskar Adolf, Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, Basel 1927. (zit. Vorarbeiten)
- GERMANN Oskar Adolf, Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf Grund von Art. 34ter der Bundesverfassung, ZBJV Bd. 60, 1924, 409ff. (zit. Gesetzgebungsbefugnis)
- GERMANN Oskar Adolf, Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht auf der Grundlage des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV Bd. 72, 1936, 49ff. (zit. Wettbewerbsrecht)
- GIGER Hans, Der Vollzug der eidgenössischen und kantonalen Vorschriften über Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe, ZBl 50, 1949, S. 229, 253, 285.
- GRUENBAUM Heinz, Die Umsatzzschwankungen des Einzelhandels als Problem der Betriebspolitik, Diss. Berlin 1928.
- GRUENPETER Franz, Die Regelung des Ausverkaufswesens unter besonderer Berücksichtigung einer zukünftigen eidgenössischen Regelung, Diss. Bern 1934.
- GYGI Fritz, Die verwaltungsrechtliche Rechtssprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZBJV 115, 1979, S. 185ff.
- HAUSER Robert, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel, Stuttgart 1978.
- HENSEL Johannes Walter, Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, Diss. St. Gallen 1972.
- HEYDEN Frank, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips, Diss. Zürich 1961.
- HILDEBRAND Walter, Die Wirtschaftsfreiheit und die Demokratie, Diss. Zürich 1955.
- HINDERMANN Walter E., Die Ausverkaufsordnung in der Schweiz, Schriftenreihe der Schweizerischen Fachschule für den Detailhandel Nr. 2, Zürich
- HIS Eduard, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechtes, zweiter Bd., Basel 1929.

- HOEHN Ernst, Steuerrecht. Ein Grundriss des schweizerischen Steuerrechts für Unterricht und Selbststudium, 3. vollständig neu bearbeitete Auflage, Bern 1979.
- HOMBURGER Eric, Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Diss. Zürich 1948.
- HOTZ Werner Friedrich, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1977.
- HUBER Hans, Die Wirtschaftsfreiheit, in: NZZ-Schriften zur Zeit, Der Entwurf für eine neue BV, Nr. 42, Zürich 1979, (zit. Wirtschaftsfreiheit).
- HUBER Hans, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR NF Bd. 74, 1955, S. 173ff. (zit. Grundrechte).
- HUBER Hans, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1952, ZBJV Bd. 90, 1954, S. 193ff. (zit. Rechtssprechung).
- HUBER Hans, Der Schutz der Grundrechte unter der Generalklausel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968. (zit. Mélanges).
- HUG Walther, Unlauterer Wettbewerb, in: Festgabe August Schirmer, St. Gallen 1941.
- IMBODEN Fritz, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung, Diss. Bern 1948 (zit. F. Imboden).
- IMBODEN Max, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bd. I und Bd. II, Basel 1971. (zit. M. Imboden, Rechtssprechung).
- IMBODEN Max, Aktuelle Aspekte des Prinzips gesetzmässiger Besteuerung, ASA Bd. 33, 1965, 257ff. (zit. M. Imboden, Besteuerung).
- JETZER Rolf P., Lockvogelwerbung. Die werbepolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Diss. Zürich, 1979.
- JSAY-METTETAL, Internationales Wettbewerbsrecht, Bd. I, Zürich-Leipzig 1937.
- KEISER Dagobert, Die reformatio in peius in der Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1979.
- KELLER Willy, Die kantonalen Sondergewerbesteuern und die Bundesverfassung, Diss. Freiburg in der Schweiz 1945.

- KOHLER Josef, Der unlautere Wettbewerb, Berlin und Leipzig 1914.
- KUNDERT Heinz, Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiet des Kartellwesens, BV 31bis III d, Diss. Zürich 1954.
- LAUTNER Julius Georg, System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts, Zürich 1944.
- LEBEL Claude, les règles de la concurrence en droit français, Paris 1972.
- LYK Reto A., Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1970.
- MANGOLD Hans Georg, Die Absatzpolitik der deutschen Warenhausgesellschaften, Berlin 1971.
- MARTI Hans, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976. (zit. H. Marti)
- MARTI Max Bernhard, Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1963. (zit. M.B. Marti)
- MATTER E., Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV Bd. 87, 1951, S. 449ff.
- MEWES Erich, Das Recht der Sonderverkaufsveranstaltungen, Diss. Köln 1936.
- NEF Hans, Handels- und Gewerhefreiheit, in: SJK, Karte 616ff.
- OBERLE Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952.
- PEDRETTI René, Wettbewerb und Zugabwesen, Diss. Zürich 1969.
- PFUND Robert, Verwaltungsrecht-Strafrecht, ZSR NF 90 II, 1971, 115ff.
- REHBERG Jörg, Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes, ZSR NF 94, 1974, 353ff.
- RIMANN Bernhard R., Wirtschaftskriminalität. Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten, Diss. Zürich 1973.
- RUEGSEGGED Eduard, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheide in Strafsachen eidgenössischen Rechts, Diss. Zürich 1946.
- ROUBIER Paul, Le droit de la propriété industrielle, Partie générale, Paris 1952.

- SALADIN Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970. (zit. Grundrechte)
- SALADIN Peter, Unternehmungen in der schweizerischen Verfassungsordnung, WuR 1980, 9ff. (zit. Verfassungsordnung)
- SCHILLING Margrit, Die Unterstellung von Regierungsent-scheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973.
- SCHLUEP Walter R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Revue Suisse du droit international de la concurrence, Numéro 2, 1978, S. 45ff. (zit. Wettbewerbspolitik)
- SCHLUEP Walter R., Zum Wirtschaftsrecht. Eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978. (zit. Wirtschaftsrecht)
- SCHUBARTH Martin, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, ZStR 92, 1976, 370ff.
- SCHULTZ Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, erster Bd., Bern 1977. (zit. Bd. I)
- SCHULTZ Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, zweiter Bd., Bern 1977. (zit. Bd. II)
- SCHUERMAN Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978. (zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- SCHUERMAN Leo, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl Bd. 49, 1948, 33ff., 57ff. (zit. Tragweite)
- SCHWARZENBACH Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 1975.
- SPAHN Melchior, Die kantonalen Regalrechte nach Artikel 31 Abs. 2 der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1956.
- SPRUENGLI Hans Rudolf, Der unlautere Wettbewerb, Diss. Zürich 1955.
- TETZNER Heinrich, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Köln 1957.
- THORMANN Philipp, Die Uebertretungen im Strafrecht des Bundes und Kantone, ZStR 61, 1946, 13ff.
- ULMER Eugen, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliederstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. I, Köln 1965.

VOGEL René, les conditions de la politique commerciale de la Suisse, Diss. Lausanne 1966.

WIDMER Max, Die Gewerbefreiheit nach schweizerischem und die Berufsfreiheit nach deutschem Recht, Diss. Bern 1967.

WYDLER Hans, Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen in wettbewerbsrechtlicher Beleuchtung, Diss. Zürich 1955.

WYSS Daniel, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 1971.

ZUERCHER Beat, Das Taxigewerbe aus verwaltungsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1978.

Verordnung
über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen
(Ausverkaufsordnung)
(Vom 16. April 1947)

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf die Artikel 17–19 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943¹⁾
über den unlauteren Wettbewerb,

beschliesst:

I. Geltungsbereich

Art. 1

Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen

¹ Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen im Sinne dieser Verordnung sind Veranstaltungen des Detailverkaufes, bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden.

² Als öffentliche Ankündigung gelten Bekanntmachungen durch die Presse, durch Flugblätter, Zirkulare, Massenbriefe oder -karten, Kundenzeitungen, Kataloge, Prospekte, Plakate, Schaufensterauslagen, Anschriften, Aushängeschilder, Kinoreklamen, Werbefilme, Lautsprecher oder durch andere zweckdienliche Mittel.

Art. 2

Unterstellte Verkaufsveranstaltungen

¹ Als Ausverkäufe im Sinne von Artikel 1 gelten:

- a. Totalausverkäufe zur Räumung aller Warenbestände wegen vollständiger Geschäftsaufgabe;

b. Teilausverkäufe zur Räumung bestimmter Warenbestände insbesondere wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen.

² Als ähnliche Veranstaltungen, im folgenden Sonderverkäufe genannt, gelten alle weiteren Verkaufsveranstaltungen, bei denen die Voraussetzungen von Artikel 1 erfüllt sind.

³ Die Ausdrücke «Ausverkauf», «Räumung» und «Liquidation», für sich allein oder in Zusammensetzungen, dürfen nur für Veranstaltungen im Sinne von Absatz 1 verwendet werden.

Art.3

Nichtunterstellte Verkaufsveranstaltungen

¹ Diese Verordnung ist nicht anwendbar auf:

- a. Sonderverkäufe von Lebensmitteln (Nahrungs- und Genussmitteln) und von allen Artikeln des täglichen Verbrauchs, die der Reinigung und der Körperpflege dienen;
- b. behördlich angeordnete Verwertungen, insbesondere im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren sowie bei amtlichen Erbschaftsliquidationen.

² Die gewerbe- und handelspolizeilichen Vorschriften der Kantone über den Markt- und Hausierverkehr, die Wanderlager und die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen bleiben vorbehalten.

II. Bewilligungspflicht

Art.4

Grundsatz

¹ Unterstellte Verkaufsveranstaltungen bedürfen einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Die Bewilligung berechtigt zur Ankündigung und beim Versandgeschäft auch zur Durchführung der Verkaufsveranstaltung in der ganzen Schweiz.

² Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen haben für Verkaufsstellen, die sich in verschiedenen Kantonen befinden, besondere Bewilligungen einzuholen.

Art.5

Erteilung und Inhalt der Bewilligung

¹ Die Bewilligung ist zu erteilen, soweit kein Grund zur Verweigerung gemäss Artikel 6 vorliegt.

² Sie ist für eine der in Artikel 2 genannten Arten von Verkaufsveranstaltungen (Total- oder Teilausverkauf, Sonderverkauf) auszustellen und hat Beginn und Dauer der Veranstaltung sowie bei Ausverkäufen die einzubeziehenden Warenbestände, Warengattungen oder Verkaufsabteilungen zu umschreiben.

Art. 6

Verweigerung

Soweit es die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern, ist die Bewilligung zu verweigern oder an Auflagen oder andere beschränkende Bedingungen zu knüpfen. Sie kann insbesondere in folgenden Fällen verweigert werden:

- a. wenn die Voraussetzungen dieser Verordnung und allfälliger kantonaler Vorschriften gemäss den Artikeln 24–26 nicht erfüllt sind;
- b. wenn durch die Verkaufsveranstaltung die Käufer irregeführt oder übervorteilt oder wenn unlautere Mittel angewandt werden sollen;
- c. wenn der Gesuchsteller durch unwahre oder irreführende Angaben eine Bewilligung zu erwirken versucht;
- d. wenn der Gesuchsteller innert der letzten drei Jahre vor Einreichung des Gesuches wegen eines Vergehens im Sinne von Artikel 13 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943¹⁾ über den unlauteren Wettbewerb oder wegen vorsätzlicher Widerhandlung gegen die Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen rechtskräftig verurteilt worden ist.

Art. 7

Entzug

¹ Eine bereits erteilte Bewilligung kann entzogen werden:

- a. wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch unwahre oder irreführende Angaben erwirkt hat;
- b. wenn der Gesuchsteller bei der Durchführung der Verkaufsveranstaltung den Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen oder den Verfügungen der zuständigen Behörden zuwiderhandelt.

² Der Entzug der Bewilligung kann auf Kosten des Gesuchstellers veröffentlicht werden.

Art. 8

Besondere Verhältnisse

Die Artikel 6 und 7 sind in gleicher Weise anwendbar, wenn der Tatbestand in der Person des an Stelle des Firmainhabers tätigen Leiters der Verkaufsstelle, eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder eines Organs einer juristischen Person erfüllt ist.

III. Zeitliche Beschränkungen

Art. 9

Ausverkaufszeiten

¹ Totalausverkäufe und Teilausverkäufe können jederzeit bewilligt werden. Der Beginn der Total- und der Teilausverkäufe darf jedoch nicht in die Zeit vom 15. November bis 14. Januar und derjenige der Teilausverkäufe zudem nicht in die letzten zwei Wochen vor Ostern und Pfingsten fallen. Ausnahmen können bewilligt werden in Fällen, in denen die Verweigerung der Bewilligung eine besondere Härte darstellen würde.

² Sonderverkäufe dürfen nur für die Zeit vom 15. Januar bis Ende Februar und vom 1. Juli bis 31. August bewilligt werden. Für die nämliche Verkaufsstelle darf für jeden dieser Zeiträume jeweils nur eine einzige Bewilligung erteilt werden.

Art. 10¹⁾

Dauer

¹ Die Dauer der Verkaufsveranstaltung ist in der Bewilligung angemessen zu beschränken, und zwar:

- a. für Totalausverkäufe in der Regel auf vier bis sechs Monate;
- b. für Teilausverkäufe in der Regel auf ein bis zwei Monate;
- c. für Sonderverkäufe auf höchstens drei Wochen.

² Die Kantone setzen in der Bewilligung den Beginn der Veranstaltung für mehrere Verkaufsstellen eines Unternehmens, die sich im gleichen Wirtschaftsgebiet befinden, nach Möglichkeit auf den gleichen Tag fest.

Art. 11

Wartefrist

Ein Ausverkauf darf nur bewilligt werden, wenn die Verkaufsstelle seit mindestens einem Jahr vom selben Inhaber, in derselben Ortschaft und mit gleichartigen Waren geführt worden ist. Liegen besondere Gründe vor, wie Krankheit, Todesfall, finanzielle Notlage, bevorstehender Umzug oder Umbau, so können Ausnahmen bewilligt werden.

IV. Sachliche Beschränkungen

Art. 12

Aussonderung

Bezieht sich die Verkaufsveranstaltung nicht auf alle im Verkaufslokal angebotenen Waren, so sind die einbezogenen Warenbestände deutlich zu bezeichnen und nach Möglichkeit getrennt zu halten.

Art. 13

Verbot des Warenvor- und -nachsches

¹ In einen Ausverkauf dürfen keine Waren einbezogen werden, die vor oder während der Veranstaltung im Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden sind.

² Einem Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen ist es ausserdem untersagt, während eines Ausverkaufs Ware aus solchen Verkaufsstellen einzubeziehen, denen nicht für dieselbe Zeit ein gleichartiger Ausverkauf bewilligt worden ist.

V. Ankündigung

Art. 14¹⁾

Notwendiger Inhalt

¹ Die Ankündigung muss auf die amtliche Bewilligung und die Art der Verkaufsveranstaltung gemäss Artikel 2 (Total- oder Teilausverkauf, Sonderverkauf) verweisen sowie genaue Angaben über Beginn und Dauer der Verkaufsveranstaltung enthalten.

² In der Ankündigung eines Teilausverkaufs wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen ist überdies deutlich auf die Warengattungen oder Verkaufsabteilungen hinzuweisen, die aufgegeben werden sollen.

Art. 14^{bis 2)}

Zeitpunkt der Ankündigung

Die Ankündigung der Veranstaltung darf frühestens erfolgen:

- a. bei Bekanntmachungen durch Schaufensterauslagen, Anschriften, Aushängeschilder, Lautsprecher u. dgl. am Vortage der bewilligten Verkaufsveranstaltung;
- b. bei Bekanntmachungen durch täglich erscheinende Zeitungen, durch Plakate, Flugblätter, Rundschreiben, Massenbriefe oder -karten, Kataloge, Prospekte, Kinoreklamen und Werbefilme zwei Tage vor Beginn der bewilligten Verkaufsveranstaltung. Bekanntmachungen in nicht täglich erscheinenden Zeitungen dürfen in der letzten Ausgabe vor Beginn der Verkaufsveranstaltung erfolgen.

Art. 15

Unzulässiger Inhalt

¹ Die Ankündigung darf weder unrichtige Angaben enthalten noch irreführend sein.

² Unrichtig oder irreführend ist eine Ankündigung namentlich:

- a. wenn der Anschein besonders vorteilhafter Preise erweckt wird, während die Waren zu den handelsüblichen oder zu höheren Preisen angeboten werden;
- b. wenn der Anschein erweckt wird, der Geschäftsinhaber biete die Waren zu Verlustpreisen an oder erziele keinen Gewinn, während der Verkaufspreis den Einstandspreis nebst einem angemessenen Unkostenanteil übersteigt;
- c. wenn eine Preisermässigung angekündigt wird, diese jedoch im angegebenen Preis bereits enthalten ist, ohne dass dieser ausdrücklich als Nettopreis bezeichnet wird;
- d. wenn eine Preisermässigung angekündigt wird und der Preis vorher im Hinblick auf die Verkaufsveranstaltung erhöht worden ist;
- e. wenn der Anschein erweckt wird, die angebotenen Waren seien von bestimmter oder allgemein gebräuchlicher Qualität, während sie von geringerer Qualität sind;
- f. wenn bestimmte Waren mit Preisangaben angeboten, diese dem Käufer aber nicht oder nicht in ebenso guter Qualität oder zu höheren Preisen verkauft werden.

VI. Geschäftseröffnungsverbot

Art. 16

Grundsatz und Dauer

¹ Bei der Bewilligung eines Totalausverkaufes hat die zuständige Behörde dem Gesuchsteller zu verbieten, innert einer Sperrfrist von einem bis zu fünf Jahren seit Beendigung des Totalausverkaufs ein gleichartiges Geschäft in der Schweiz zu eröffnen.

² Der Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes sind gleichgestellt:

- a. die Übernahme eines solchen oder die Umwandlung in ein solches;
- b. die Beteiligung als stiller Gesellschafter, die Beteiligung an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie die massgebliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder Genossenschaft, sofern ein gleichartiges Geschäft betrieben wird. Die Beteiligung am Geschäft des Ehegatten oder eines nahen Verwandten ist jedoch ohne weiteres gestattet, wenn dieses Geschäft bei der Bewilligung des Totalausverkaufs mindestens zwei Jahre bestanden hat.

³ Bei der Bewilligung eines Teilausverkaufs wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen hat die zuständige Behörde dem Gesuchsteller zu verbieten, innert einer Sperrfrist von einem bis zu drei Jahren seit Beendigung des Teilausverkaufs die aufgegebene Warengattung oder Verkaufsabteilung wieder aufzunehmen. Der Wiederaufnahme einer Verkaufsabteilung ist die Umwandlung in eine solche gleichgestellt.

⁴ Bei Gesellschaften und juristischen Personen ist der Gesellschaft oder der juristischen Person als solcher das Verbot aufzuerlegen und zugleich den geschäftsführenden Gesellschaftern oder den geschäftsführenden Mitgliedern der Organe und den sonst am Geschäft massgeblich Beteiligten.

Art. 17

Ausnahmen

¹ Würde das wirtschaftliche Fortkommen des Betroffenen übermässig erschwert oder liegen andere Gründe vor, die das Verbot als unbillig erscheinen lassen, so kann vom Verbot abgesehen oder dieses räumlich beschränkt werden.

² Ergeben sich nachträglich besondere Verhältnisse, die das Verbot als unbillig erscheinen lassen, so kann eine Ausnahme vom Verbot oder eine räumliche oder zeitliche Beschränkung desselben bewilligt werden. Zuständig ist die Behörde des Kantons, in welchem das neue Geschäft eröffnet werden soll. Der Behörde, die das Verbot ausgesprochen hat, ist Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben.

³ Bei der Bewilligung eines Totalausverkaufs für eine einzelne Verkaufsstelle von Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen ist das Verbot in der Regel auf das Wirtschaftsgebiet zu beschränken, in welchem sich die Verkaufsstelle befindet.

Art. 18

Veröffentlichung

Die zuständige Behörde veröffentlicht das Verbot und die Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Schweizerischen Handelsamtsblatt.

VII. Strafbestimmungen

Art. 19

Vergehen

Wer den bundesrechtlichen Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen zuwiderhandelt, indem er vorsätzlich

- a. unrichtige oder irreführende Ankündigungen macht, um sich oder andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen,
- b. durch unrichtige Angaben gegenüber den Behörden, insbesondere durch Vorspiegelung einer Geschäftsaufgabe, eine Bewilligung erschleicht oder eine Bewilligung anderer Art oder für eine längere Dauer,

wird nach Artikel 18 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943¹⁾ über den unlauteren Wettbewerb mit Gefängnis oder Busse bestraft.

Art. 20

Übertretungen

¹ Mit Haft oder Busse wird bestraft, wer vorsätzlich

- a. eine unter diese Verordnung fallende, nicht bewilligte Verkaufsveranstaltung öffentlich ankündigt oder durchführt oder entgegen der Weisung der zuständigen Behörde nicht einstellt;
- b. die Auflagen oder andern beschränkenden Bedingungen, unter denen die Bewilligung erteilt wurde, nicht einhält;
- c. die Aussonderung der einbezogenen Waren unterlässt;
- d. das Verbot des Warenvor- oder -nachsches übertritt;
- e. unvollständige, unrichtige oder irreführende Ankündigungen macht, insbesondere für einen Sonderverkauf die Ausdrücke «Ausverkauf», «Räumung» und «Liquidation», für sich allein oder in Zusammensetzungen, verwendet;
- f. nach einem Totalausverkauf vor Ablauf der ihm auferlegten Sperrfrist ein gleichartiges Geschäft eröffnet oder übernimmt oder ein andersartiges Geschäft in ein solches umwandelt oder sich an einem solchen beteiligt;
- g. nach einem Teilausverkauf vor Ablauf der ihm auferlegten Sperrfrist die aufgegebene Warengattung oder Verkaufsabteilung wieder aufnimmt oder eine verbotene Umwandlung durchführt;
- h. durch unrichtige oder irreführende Angaben die Bewilligung einer Ausnahme vom Geschäftseröffnungsverbot erwirkt.

² Mit Busse wird bestraft, wer fahrlässig die in Absatz 1 genannten Handlungen begeht.

³ Der Richter kann die Veröffentlichung des Strafurteils anordnen.

Art. 21

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn oder Auftraggebers

Wird die strafbare Handlung von Angestellten, Arbeitern oder Beauftragten in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung begangen, so sind die Strafbestimmungen auch auf den Geschäftsherrn anwendbar, wenn er von der Handlung Kenntnis hatte und es unterliess, sie zu verhindern oder ihre Wirkungen aufzuheben.

Art. 22

Anwendung auf juristische Personen und Handelsgesellschaften

Wird die strafbare Handlung im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person oder einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft begangen, so sind die Straf-

bestimmungen auf die Mitglieder der Organe oder die Gesellschafter anwendbar, die für sie gehandelt haben oder hätten handeln sollen, jedoch unter solidarischer Mithaftung der juristischen Person oder der Gesellschaft für die Bussen und Kosten.

Art. 23

Strafverfolgung

Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.

VIII. Aufgaben und Befugnisse der Kantone

Art. 24

Aufgaben der Kantone

¹ Die Kantone bezeichnen die zuständigen Behörden und ordnen das Verfahren.

² Sie sorgen für die Einhaltung der bundesrechtlichen Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen und können, soweit es zur Durchsetzung der Vorschriften notwendig ist, die vorübergehende Schliessung von Geschäften verfügen.

³ Die vorübergehende Schliessung eines Geschäftes kann insbesondere im Falle einer verbotenen Geschäftseröffnung oder der verbotenen Wiederaufnahme von Warengattungen oder Verkaufsabteilungen angeordnet werden; bei verbotener Geschäftsbeteiligung ist vorher eine angemessene Frist zur Auflösung oder Rückbildung des Beteiligungsverhältnisses anzusetzen.

Art. 25

Ergänzende kantonale Vorschriften

¹ Es bleibt den Kantonen vorbehalten, im Rahmen des Gesetzes und dieser Verordnung ergänzende Vorschriften aufzustellen, insbesondere über:

- a. den notwendigen Inhalt des Bewilligungsgesuches;
- b. die Errichtung eines Inventars für die Durchführung von Total- oder Teilausverkäufen;
- c. die Beschränkung der Verkaufsveranstaltungen auf die Geschäftsräumlichkeiten;
- d. den notwendigen Inhalt der Ankündigung;
- e. die Mitwirkung der interessierten Berufs- und Wirtschaftsverbände.

² Den Kantonen bleibt ausserdem das Recht gewahrt, für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen Gebühren zu erheben.

Art. 26

Abweichende kantonale Vorschriften

Die Kantone können in folgenden Fällen Vorschriften aufstellen, die von dieser Verordnung abweichen:

1. Für die Durchführung von Sonderverkäufen kann eine allgemeine Bewilligung erteilt werden. In diesem Falle ist der Zeitraum in den Grenzen von Artikel 9 Absatz 2 und von Ziffer 3 dieses Artikels für den ganzen Kanton einheitlich auf höchstens drei zum voraus zu bestimmende Wochen zu beschränken.
2. Der Beginn von Total- und Teilausverkäufen kann für die Zeit vom 1. bis 14. November sowie während der Schweizer-Woche-Veranstaltung untersagt werden.
3. Die Zeiträume, in welchen Sonderverkäufe zulässig sind, können verschoben werden, wobei jedoch der Beginn in den Grenzen des Artikels 9 Absatz 2 festgesetzt werden muss.
4. Die Wartefrist gemäss Artikel 11 kann für Totalausverkäufe auf höchstens drei und für Teilausverkäufe auf höchstens zwei Jahre festgesetzt werden.
5. Die öffentliche Ankündigung von Verkaufsveranstaltungen im Sinne von Artikel 1, die im angrenzenden Ausland durchgeführt werden sollen, kann bewilligungspflichtig erklärt werden.

Art. 27

Kantonale Strafvorschriften

Die Kantone können für die vorsätzliche oder fahrlässige Übertretung ihrer Vorschriften Haft oder Busse androhen.

IX. Inkrafttreten

Art. 28

¹ Die Artikel 17–19 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943²⁾ über den unlauteren Wettbewerb und diese Verordnung treten am 1. Januar 1948 in Kraft.

² Auf diesen Zeitpunkt werden die mit den bundesrechtlichen Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen in Widerspruch stehenden kantonalen Bestimmungen aufgehoben.

³ Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement wird mit der Oberaufsicht über den Vollzug beauftragt.

KANTONALE VOLLZIEHUNGSERLASSE ZUR AVO

AG	Vollziehungsverordnung vom 21. Februar 1972 (V)
AI	Vollziehungsverordnung zur AVO vom 6. April 1948 (V)
AR	Verordnung zur bundesrätlichen Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 27. November 1947 (V)
BE/JU	Gesetz über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969 (G)
BL	Vollziehungsverordnung zur eidgenössischen Ausverkaufsforderung vom 20. März 1972 (V)
BS	Verordnung betreffend das Ausverkaufswesen vom 6. Januar 1948 (V)
FR	Ausführungsbeschluss zur AVO vom 9. Juli 1971 (V)
GE	Loi sur la concurrence déloyale, les liquidations et les opérations analogues du 2 novembre 1927/15 novembre 1958 (G) Règlement du 24 novembre 1959 (R)
GL	Gesetz über die Handelspolizei vom 7. Mai 1922 (G)
GR	Ausführungsverordnung zur eidgenössischen AVO vom 31. Mai 1963 (V)
LU	Gesetz betreffend die Handelspolizei vom 30. Januar 1912 (G) Vollziehungsverordnung über Aus- und Sonderverkäufe vom 28. Juni 1971 (V)
NE	Arrêté d'exécution de l'ordonnance du conseil fédéral du 28 décembre 1971 (V)
NW	Verordnung betreffend die Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe vom 26. Februar 1949 (V)
OW	Verordnung betreffend die Aus- und Ausnahmeverkäufe vom 23. November 1948 (V)
SG	Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 23. Dezember 1947 (V)
SH	Gesetz betreffend den Warenhandel sowie das Markt- und Hausierwesen vom 20. November 1933 (G) Regierungsratsverordnung über den Vollzug der AVO vom 22. Juni 1971 (V)

- SO Verordnung über das Ausverkaufswesen vom 24. Januar 1979 (V)
- SZ Gesetz über die Ausübung der Handelsgewerbe im Kt. SZ vom 21. April 1902 (G)
Verordnung über das Ausverkaufswesen vom 17. September 1951 (V)
- TG Verordnung des Regierungsrates über das Ausverkaufswesen vom 24. Juni 1971 (V)
- TI Legge sulle liquidazioni ed operazioni analoghe (1. März 1966) (G)
Regolamento di applicazione alla legge sulle liquidazioni e le operazioni analoghe (3. Februar 1973) (V)
- UR -----
- VD Loi du 18 novembre 1935 sur la police du commerce (G)
Règlement d'exécution du 31 mars 1967 (R)
- VS Gesetz über die Handelspolizei vom 20. Januar 1969 (G)
Vollziehungsverordnung vom 1. Oktober 1969 (V)
- ZG Einführungsgesetz zum BG über den unlauteren Wettbewerb vom 9. März 1950 (G)
- ZH Gesetz über das Ausverkaufswesen vom 26. August 1917 (G)
Vollziehungsverordnung vom 19. Mai 1971 (V)

D I E
S C H W E I Z E R I S C H E
A U S V E R K A U F S O R D N U N G

T E I L I :

E I N F U E H R U N G

KAPITEL 1:

G E S C H I C H T L I C H E S

I. Allgemeines

Bis zum Ende des "ancien régime" war die Wirtschaft Europas geprägt durch das Zunftsystem mit Ehehaften und Zwangsrecht, sodass jeglicher Raum einer freien wirtschaftlichen Betätigung des Einzelnen fehlte und damit auch Veranstaltungen in der Art der Ausverkäufe gänzlich unbekannt waren.¹

Parallel zu den politischen Umwälzungen in Europa gegen Ende des 18. Jahrhunderts fanden auch entscheidende wirtschaftliche Veränderungen statt, durch welche das Zunftsystem nach und nach abgeschafft wurde. Mit der Proklamation der Menschenrechte in der französischen Revolution sowie mit den Postulaten der klassischen Schule der englischen Nationalökonomie von Adam Smith hielten neue wirtschaftliche Ideen Einzug, die den Freihandel mit freier Konkurrenz forderten.²

Auch in der Schweiz wurde, wenn auch etwas zögernd, die HGF eingeführt und in der revidierten BV von 1874

¹näheres über das Zunftsystem bei Vogel, 5f.

²H. Marti, 5 N. 6

als klassisches Freiheitsrecht verankert. Vor allem in der Stadt Genf kannte man seit Ende des 18. Jahrhunderts eine weitgehende Gewerbefreiheit, welche der Rhonestadt zu einem allgemeinen wirtschaftlichen Aufschwung verhalf.¹

Als Begleiterscheinung zu der nunmehr herrschenden neuen Freiheit trat eine verschärfte Konkurrenzierung unter den einzelnen Geschäftsleuten, welche es mit sich brachte, dass Kaufleute sich in vermehrtem Masse gezwungen sahen, ihr Geschäft mit möglichst geringen Verlusten zu liquidieren. Zu diesem Zwecke benutzten sie die Form des Totalausverkaufes, der am ehesten ein rasches Abstoßen der Ware zu garantieren vermochte.

Mit dem Aufkommen dieser Verkaufsform stellte sich aber auch bald deren Missbrauch ein, indem einige Kaufleute schon früh erkannten, dass die Ankündigung eines Ausverkaufes ein hervorragendes Werbemittel zur Anlockung von Käufern darstellt. So wurden von etlichen Geschäftsleuten permanente Ausverkäufe durchgeführt und zwar in der Weise, dass überall Waren minderer Qualität eingekauft wurden, die dann zum Beispiel als Konkursware an den Mann gebracht wurde.²

In den Anfängen der HGF herrschte die feste Ueberzeugung vor, die Spielregeln von Angebot und Nachfrage sowie die freie Konkurrenz Sorge selbst für eine ausgewogene wirtschaftliche Situation, ohne dass der Staat dabei korri-

¹His, 432

²Clad, 5 und dort zit.Lit.

gierend einzugreifen habe. Vielmehr sollte der Staat sein Eingreifen auf die notwendigsten gewerbepolizeilichen Massnahmen beschränken, was der Begriff des Nachtwächterstaates deutlich zum Ausdruck bringt.

Es zeigte sich indessen sehr bald, dass die Theorie der sich selbst regelnden Wirtschaft in der Praxis nicht so vollkommen wie erhofft spielte. Einerseits versuchten viele Gewerbetreibende ihre Mitkonkurrenten durch illoyales Geschäftsgebaren vom Markt zurückzudrängen, andererseits wurde auch das Publikum durch solch unredliche Geschäfts- und Reklamemethoden irregeführt. Dabei schreckten gewisse Schichten von Geschäftsleuten vor keiner noch so unangebrachten Werbung zurück, wenn sie damit auch nur den geringsten Verkaufserfolg zu erzielen hofften.¹ Zudem machte sich eine Benachteiligung der Gewerbebetriebe des Mittelstandes gegenüber den wirtschaftlich mächtigeren Grossbetrieben bemerkbar, da letztere dank ihrer viel umfangreicheren finanziellen Mittel die Kleinbetriebe zu erdrücken drohten.

Aus dieser Situation heraus bildeten sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Selbsthilfeorganisationen bestehend aus Kaufleuten, welche gegen die unlauteren Methoden ihrer Konkurrenten ankämpften. In der Schweiz tat sich der selbstständige Detailhandel zusammen und verfolgte als Ziel das Ankämpfen gegen den Missbrauch im geschäftlichen Wettbewerb. Erste ge-

¹Clad, 5

mischtsberufliche Örtliche Detaillistenvereinigungen entstanden gegen Ende des letzten Jahrhunderts auch in der Schweiz.¹ In Zürich wurde 1896 ein Verein gegen unlauteres Geschäftsgebaren gegründet, jedoch war all diesen privaten Vorstössen anfangs kein Erfolg beschieden, da die betroffenen Konkurrenzfirmen diese mitgezielter Reklame als Zeichen des Konkurrenzneides darstellten.² Angesichts dieser Ohnmacht sowohl der geschädigten Mitbewerber als auch des getäuschten Publikums erstaunt es wenig, dass schon kurze Zeit nach Proklamation der absoluten Konkurrenzfreiheit die Rufe nach staatlichen Eingriffen in das unlautere Geschäftsgebaren bestimmter Geschäftsleute immer lauter wurden. Hatte man den eigentlichen Zweck der HGF im Ende der Bevormundung der Wirtschaft durch den Staat gesehen, so rief man nun denselben Staat an, um durch ihn Schutz vor illoyalen Mitbewerbern zu erhalten und den vom wirtschaftlichen Liberalismus angestrebten Wettbewerb, basierend auf dem System von Angebot und Nachfrage, wieder herzustellen.

¹Blanc, 7

²H. Frey, 15

II. Rechtliche Regelung des Ausverkaufes

A. Ausland

1. Deutschland

In Deutschland machte sich ab der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts der grösseren Konkurrenz wegen eine intensive Werbung bemerkbar. Als Werbemittel wurde auch die Ankündigung eines Ausverkaufes angewendet und in Kürze häuften sich die Klagen über Ausverkaufsschwindel. Oft wurden nämlich Ausverkäufe veranstaltet, obwohl die wirtschaftliche Notwendigkeit eines solchen vollkommen fehlte.¹

Unter diesen Umständen bestand in den interessierten Kreisen Klarheit darüber, dass wirksame Abhilfe nur durch ein Gesetz geschaffen werden konnte. Nach längeren Beratungen im Reichstag wurde am 8. Mai 1896 das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs angenommen, es trat am 1. Juli 1896 in Kraft. Die zur Bekämpfung des Ausverkaufsschwindels bestimmten Vorschriften fanden sich in den § 1 und § 4 des Gesetzes.² In erster Linie waren die Eindämmung von Scheinausverkäufen sowie des unzulässigen Warenschubs anvisiert. Was dem Gesetz jedoch fehlte, war eine klare Begriffsbestimmung

¹Clad, 5: Ein Kaufmann veranstaltet einen Ausverkauf wegen Veränderung seines Geschäftes, die sich lediglich in dem Umstellen seiner Ladentafel äussert.

²Mewes, 6

des Ausverkaufs. Am 21. September 1897 entschied das Reichsgericht, dass der Nachschub einzelner Waren in geringem Umfange auch während des Ausverkaufes statthaft sei.¹ Dieses Urteil bewirkte in gewissen Geschäftskreisen die Annahme, der Warenvor- und Nachschub sei während Ausverkaufsveranstaltungen ohne weiteres gestattet. Obwohl spätere Urteile des Reichsgerichtes diesen Entscheid zu relativieren und ins richtige Licht zu stellen versuchten, blieb doch eine Unsicherheit bestehen, aus welcher der unlautere Wettbewerb noch Nutzen zog.² Als verständliche Folge der unsicheren Rechtslage wurden rasch Stimmen laut, die ein präzises Gesetz mit einer Legaldefinition für unterstellte Ausverkäufe sowie einem unbedingten Verbot von Warenschub während des Ausverkaufes forderten.

So trat am 1. Oktober 1909 ein neues Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Kraft, in welchem auch die Bestimmungen über den Ausverkauf neu geregelt wurden.³ Bei bestimmten Ausverkäufen konnte nach der neuen Regelung eine Anzeigepflicht über den Grund der Durchführung sowie über den Zeitpunkt des Beginns angeordnet werden; dies allerdings erst nach Anhörung der zuständigen gesetzlichen Handels- und Gewerbever-

¹Mewes, 7

²Clad, 13

³abgedruckt bei Clad, Vorbemerkungen D, XXVIII

treten. In anzeigepflichtigen Fällen musste zusätzlich ein Verzeichnis der auszuverkaufen- den Ware eingereicht werden (§ 7 des Gesetzes). Zudem wurde das Vor- und Nachschieben von Ware unter Androhung von Gefängnisstrafe verboten (§ 8 des Gesetzes).

Ausgenommen sowohl von der Anzeigepflicht wie auch vom Schubverbot waren die Saison- und Inventurausverkäufe, sofern sie als solche angekündigt wurden (§ 9 Abs. 2 des Gesetzes). Eine spezielle Vorschrift befasste sich mit den Konkursausverkäufen, wo festgelegt wurde, dass ein Hinweis auf Waren aus einer Konkursmasse nur zulässig sei, wenn die betreffende Ware noch zum Bestand der Konkursmasse gehört. Weiterhin ungeregt blieben die Sonderverkäufe ohne eigentlichen Räumungszweck, was sich infolge der wachsenden Bedeutung derselben bald als gravierender Mangel des Gesetzes erweisen sollte.

In der Verordnung des Reichspräsidenten vom 9. März 1932 wurde festgelegt, dass als Ausverkauf nur noch eine Veranstaltung angekündigt werden durfte, welche ihren Grund in der Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes, einer Zweigniederlassung oder in der Aufgabe einzelner Warengattungen hatte. Zusätzlich erhielt der Geschäftsinhaber nach durchgeführtem Ausverkauf während einem Jahr ein Geschäftseröffnungsverbot, wobei die höhere Verwaltungsbehörde nach Anhörung der zuständigen Berufsvertre-

tungen von Handel, Handwerk und Industrie die Bewilligung von Ausnahmen erteilen konnte.¹

An der Vorschrift über die Anzeigepflicht der Veranstaltung wurde festgehalten.

Da auch diese Revision noch immer einer Erfassung der Sonderverkäufe ermangelte, kam am 26. Februar 1935 das Gesetz zur Aenderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zustande, welches unter anderem den Reichswirtschaftsminister zur Regelung von Verkaufsveranstaltungen besonderer Art, die bis jetzt nicht geregelt waren, ermächtigte.² Aufgrund dieser Ermächtigung wurde am 4. Juli 1935 die Anordnung des Reichswirtschaftsministers betreffend Sonderveranstaltungen erlassen, nach welcher ausserhalb des regelmässigen Geschäftsverkehrs stattfindende Veranstaltungen ohne Räumungszweck grundsätzlich verboten sind. Ausgenommen von diesem Verbot sind Resteverkäufe und - in bestimmtem Rahmen - Jubiläumsverkäufe.³ Eine Verordnung des Bundeswirtschaftsministers vom 13. Juli 1950 nahm die Saisonschlussverkäufe von der allgemeinen Regelung aus und unterwarf sie besonderen Bestimmungen.⁴

¹Mewes, 31f.

²Mewes, 151ff.

³Mewes, 151ff.

⁴§ 9 des revidierten Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 1. Oktober 1909

2. Frankreich

Frankreich kennt kein spezielles Wettbewerbsgesetz, es wurde vielmehr als selbstverständlich betrachtet, die Verfolgung des unlauteren Wettbewerbs mit Hilfe von Art. 1382 des Code Civil vorzunehmen.¹ Einzelne Tatbestände wurden jedoch im Laufe der Zeit durch Spezialgesetze geregelt, so auch der gesamte Bereich der Aus- und Sonderverkäufe. Öffentlich angekündigte Verkaufsveranstaltungen wurden durch Gesetz vom 25. Juni 1841 generell untersagt. Ausnahmen von diesem eindeutig gewerbepolitisch gefärbten Verbot wurden in gewissen Fällen durch das Handelsgericht gewährt. So waren Veranstaltungen aus wichtigen Gründen wie Todesfall, Konkurs oder Geschäftsaufgabe vom allgemeinen Verbot ausgenommen, sofern das Handelsgericht die Begründung als ausreichend betrachtete.²

Mit dem ergänzenden Gesetz vom 30. Dezember 1906 über die "ventes au déballage", später in Verbindung mit der Verordnung vom 26. November 1962 wurde die Entscheidung über die zu erteilende Bewilligung dem Bürgermeister des Ortes, wo die Veranstaltung durchgeführt werden sollte, übertragen. Dem Gesuch um eine Bewilligung muss ein detailliertes Verzeichnis der Ausverkaufsware sowie die genaue Begründung der Veranstal-

¹Roubier, 12f

²Escarra, 694

tung beigelegt werden.

Verstösse gegen diese Vorschriften werden mit Busse bedroht, als Nebenstrafe ist die Einziehung der zum Verkauf gestellten Waren vorgesehen.¹ Keiner Bewilligung bedürfen in Frankreich die Saisonschlussverkäufe, bei denen allerdings nur aus der Mode gekommene Ware verkauft werden darf, die zudem nicht das gesamte Warenlager darstellen soll. Ebenso sind die berufsmässigen Resteverkäufer (soldeurs professionnels) von der Bewilligungspflicht befreit, sofern sie demonstrierte Ware oder solche zweiter Qualität im ständigen Geschäftslokal anbieten.²

3. Andere europäische Länder

Betrachtet man die entsprechenden Regelungen in einigen anderen Ländern Europas, so kann festgestellt werden, dass der eigentliche Ausverkauf, durch den bestimmte Warenvorräte beschleunigt abgestossen werden sollen, sowohl in Holland, Italien, Belgien und Oesterreich durch gesetzliche Bestimmungen geregelt ist.³ So ist in Holland, Italien und Oesterreich eine solche

¹ Escarra, 694 N. 1047

² Lebel 50f.

³ Die Angaben über die erwähnten Länder wurden entnommen:
Holland, Belgien, Italien: Ulmer 225ff.
Oesterreich: Jsay-Mettetal, 353ff.

Veranstaltung nur mit behördlicher Bewilligung möglich, die belgische Regelung verlangt das Vorliegen eines ausreichenden Grundes und verbietet unwahre Ankündigungen darüber.

In jedem der aufgeführten Länder existieren auch Vorschriften betreffend die Beschränkung dieser Veranstaltungen hinsichtlich Dauer und Häufigkeit sowie bezüglich des Schubverbotes von Waren. Für Saisonschlussverkäufe sind in diesen Ländern mit Ausnahme Italiens keine Bewilligungen zur Durchführung nötig; immerhin kennt Oesterreich eine Anzeigepflicht. Dagegen bestehen überall Vorschriften über den genauen zulässigen Zeitpunkt und die Dauer der Veranstaltung. Holland und Belgien kennen kein Schubverbot, in Italien ist jeglicher Nachschub von Waren strengstens untersagt.

Sonderverkäufe, die ohne Räumungszweck einzig der Belebung des Geschäftes in toten Zeiten dienen sollen, sind in Belgien, Holland und Italien unbeschränkt zulässig, sofern in ihrer Ankündigung und Durchführung jeder Anschein einer Räumungsabsicht unterlassen wird. In Oesterreich ist in solchen Fällen eine Anzeigepflicht an die zuständige Kammer für Handel, Industrie und Gewerbe vorgesehen, welche Behörden auch die Zeiträume für solche Verkäufe festlegen.

Verstöße gegen die in den aufgeführten Ländern aufgestellten Vorschriften über die Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen werden überall mit

Strafe belegt. Zusätzlich kennt Belgien als Nebenstrafe den Entzug der zum Verkauf angebotenen Waren, Italien den Entzug der Gewerbe-genehmigung.¹

B. Schweiz

In der Schweiz entstanden um die letzte Jahrhundertwende die ersten kantonalen Regelungen über das Ausverkaufswesen. Am 11. Oktober 1900 erliess der Kanton BS innerhalb des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb Bestimmungen, die sich mit dem Ausverkauf befassen. Gemäss dieser Regelung war für jede Veranstaltung eines freiwilligen Ausverkaufes in Form eines Teil- oder Totalausverkaufes eine Bewilligung des Polizeidepartementes erforderlich. Wer einen Totalausverkauf durchführen wollte, musste zudem seit mindestens zwei Jahren gewerbsmässig mit den zu liquidierenden Warengattungen im Kanton gehandelt haben. Der Warennachschub während eines Totalausverkaufes war untersagt.²

Mit Ausnahme des Kantons BL folgten alle Kantone mit Regelungen über das Ausverkaufswesen nach, wobei die Bestimmungen entweder innerhalb der Er-

¹Ulmer, 225ff.

²§ 8-17 des Gesetzes, abgedruckt bei Kohler, 70f.

lasse über das Markt- und Hausierwesen, der Gesetze über die Handelspolizei oder derjenigen betreffend den unlauteren Wettbewerb zu stehen kamen.¹

Angeichts der entstandenen kantonalen Regelungen über das Ausverkaufswesen hatte sich das Bundesgericht auch bald mit der verfassungsmässigen Zulässigkeit dieser Bestimmungen zu befassen. In erster Linie ging es um die Beurteilung von staatsrechtlichen Beschwerden, welche die Verletzung der HGF zum Inhalte hatten. Das Bundesgericht legte in seiner Praxis fest, dass kantonale Beschränkungen des Ausverkaufswesens gemäss dem damals geltenden Artikel 31 lit. eBV jedenfalls dann zulässig seien, wenn sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen wurden. Zugleich dehnte es den Geltungsbereich des erwähnten Verfassungsartikels aus, indem es auch alle kantonalen Bestimmungen, welche die Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben zum Inhalt hatten, als zulässig erachtete.² Hiezu gehörte nach Auffassung des Bundesgerichtes auch der Schutz des Publikums vor Uebervorteilung sowie Massnahmen gegen die den Mitkonkurrenten nachteilige künstliche Steigerung der Kauflust.³ Wenn das Bundesgericht bei diesen

¹Germann, Schranken, 337

²BGE 38 I 72ff., 41 I 263, 48 I 286

³BGE 42 I 266, 46 I 332, 48 I 286

gewerbepolizeilichen Schranken auch relativ weit ging, da es ein Uebervorteilen der Konsumenten bei Ausverkäufen als leicht möglich betrachtete, stellte es sich dennoch klar auf den Standpunkt, der Ausverkauf stelle eine an sich zulässige Form der gewerblichen Tätigkeit dar, sodass ein gänzlichliches Verbot von Ausverkäufen vor der HGF nicht standhalten könne.¹

Von Anfang an hielt das Bundesgericht eine Bewilligungspflicht für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen für zulässig, da diese Massnahme dem klaren polizeilichen Zweck einer präventiven Kontrolle über die Lauterkeit der Veranstaltung dient.² Ebenso vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass ein Verbot von Warenvor- und Nachschub während der Veranstaltung zulässig sei³, wie auch das Auflegen zeitlicher Beschränkungen zur Durchführung von Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen⁴.

Hingegen erachtete das Bundesgericht jegliche Beschränkungen, welchen lediglich wirtschaftspolitische Motive zugrunde lagen, als unzulässig⁵.

Zur wirksamen Durchsetzung ihrer Bestimmungen standen den Kantonen Mittel wie die Verweigerung

¹EGF 46 I 457, 54 I 11

²BCE 42 I 24f., 54 I 12

³EGF 54 I 14, 48 I 459

⁴BCE 52 I 318 (E.3a)

⁵BCE 52 I 310

oder der Entzug einer Bewilligung sowie besondere beschränkende Auflagen im konkreten Fall zur Verfügung. Eine behördliche Schliessung eines Verkaufsgeschäftes nach durchgeführtem Totalausverkauf sowie das Verbot, nach erwähntem Ausverkauf ein gleiches Geschäft zu eröffnen oder zu übernehmen, hat das Bundesgericht zu Beginn als unzulässig erachtet, auch wenn die betreffenden kantonalen Bestimmungen zeitliche Beschränkungen oder generelle Ausnahmen von diesem Verbot vorsahen.¹

Das Bundesgericht gestand den Kantonen auch von Anfang an die Erhebung von Gebühren für ihre Umtriebe im Kontroll- und Bewilligungsverfahren zu.²

Ueber die Zulässigkeit eigentlicher Steuern, welchen in etlichen Kantonen ganz offensichtlich das Hauptinteresse galt, wird weiter unten noch ausführlich die Rede sein. Es kann jedoch schon jetzt vermerkt werden, dass solche in beschränktem Umfang toleriert wurden.

Trotz diesen kantonalen Regelungen wurden schon früh Stimmen laut, welche eine bundesrechtliche Regelung des Ausverkaufswesens anstrebten. Dies hatte seinen Grund vor allem im Umstand, dass die Kantone längst keine selbständigen Wirtschaftsgebiete mehr darstellten, sondern grosse Ueberschneidungen die Regel bildeten und somit rein kantonale Regelungen

¹BGE 57 I 376, 59 I 268

²BGE 75 I 112, 39 I 325

Rechtsungleichheiten schufen. Nationalrat Hirter reichte im Jahre 1901 eine Motion ein, welche neben der Vereinheitlichung der Hausiergesetze auch die Schaffung eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zum Ziel hatte; unterstützt wurde dieses Vorgehen vom Verein Schweizerischer Geschäftsreisender sowie vom Schweizerischen Gewerbeverein (heute Gewerbeverband).¹ Am 7. Oktober 1908 wurde der Verfassungsartikel 34ter BV, wonach der Bund ermächtigt wurde, auf dem Gebiet des Gewerbewesens zu legislieren, von Volk und Ständen gutgeheissen. Da nach unbestrittener Auslegung der Handel auch zum Gewerbewesen zu zählen ist, war die verfassungsmässige Grundlage zu einer gesamtschweizerischen Regelung des unlauteren Wettbewerbs samt dem Ausverkaufswesen geschaffen.² Umstritten blieb immerhin die Frage, ob die eidgenössische Gesetzgebung ebenso wie diejenige der Kantone an die HGF gebunden war oder nicht. Geht man davon aus, dass es sich beim Erlass von Artikel 34ter BV lediglich um die Uebertragung der Gesetzgebungskompetenz von Kantonen an den Bund handelte, ist wohl der Meinung Germann's beizupflichten, der annahm, dass auch die bundesrechtliche Regelung an die HGF gebunden sei.³

¹Germann, Vorarbeiter, 9

²Germann, Gesetzgebungsbefugnis, 410

³Germann, Richtlinien, 6

Bereits am 30. November 1908 fand unter Leitung des Industriedepartementes eine Konferenz der Wirtschaftsverbände statt, an welcher ein Programm für die Gesetzgebung aufgrund des neuen Verfassungsartikels zusammengestellt wurde. Professor von Salis erhielt den Auftrag, die Ausarbeitung des Gesetzes an die Hand zu nehmen und die Verbände wurden eingeladen, ihre Forderungen auf diesem Gebiet vorzulegen. Dieser Einladung folgend machte der Schweizerische Gewerbeverband in einer ersten umfangreichen Eingabe im Jahre 1911 unter anderem auch Forderungen betreffend das Ausverkaufswesen geltend, wonach dieses eine eingehende polizeiliche Regelung auf Stufe Bundesrecht erhalten sollte.¹

Infolge des Krieges sowie der Tatsache, dass Professor von Salis wegen anderweitiger Inanspruchnahme die Ausarbeitung der Gesetzgebung nicht vornehmen konnte, erfuhr die Wettbewerbsgesetzgebung eine merkliche Verzögerung. Erst im Jahre 1924 nahm das neu geschaffene eidgenössische Arbeitsamt die Vorbereitungen wieder auf und lud die interessierten Kreise erneut zu Vorschlägen und Stellungnahmen ein. Der Schweizerische Gewerbeverband hielt dabei an seinen oben erwähnten Eingaben fest. Im Jahre 1927 erstattete der inzwischen mit der Ausarbeitung des Gesetzes betraute Professor O.A. Germann dem eidgenössischen Arbeitsamt ein umfas-

¹Botschaft I, 514

sendes Gutachten, worin er zum Schluss kam, dass grundsätzlich den kantonalen Regelungen der Vortritt zu lassen und eine bundesrechtliche Regelung nur dort einzuführen sei, wo entsprechende Bestimmungen fehlten.¹ Seiner Meinung nach sollte die subsidiäre Bundesregelung in Form einer bundesrätlichen Verordnung erlassen werden. Inhaltlich schlug Germann vor, die Ausverkäufe in Bezug auf Häufigkeit und Dauer zu beschränken sowie dem Verbot des Warenschubs vor und während der Veranstaltung grosse Bedeutung zukommen zu lassen. Die Bewilligungspflicht sah er lediglich als Kontrollmittel, um festzustellen, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien.² Mit Botschaft vom 11. Juni 1934 legte der Bundesrat den eidgenössischen Räten den Entwurf zu einem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb vor, in welchem auch die Regelung des Ausverkaufes vorgesehen war,³ im Gegensatz zum oben erwähnten Gutachten sah der Entwurf eine zwingende Bundesregelung vor, die auf dem Verordnungswege vom Bundesrat erlassen werden sollte.

In den parlamentarischen Beratungen kam deutliche Opposition gegen den Vorschlag auf; Kritik wurde

¹Germann, Vorarbeiten, 41

²Germann, Vorarbeiten, 41ff.

³Botschaft I, 550

namentlich aus den Westschweizerkantonen laut, die die Ansicht vertraten, die einzelnen Kantone seien wegen der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse besser in der Lage, über das Ausverkaufswesen zu legislieren. Zudem wehrten sich die gleichen Kreise vehement gegen eine vollständige Gesetzesdelegation an den Bundesrat; sie strebten den ordentlichen Legislierierungsweg über ein spezielles Ausverkaufsgesetz an.¹ Der Kriegsausbruch sowie die in Revision befindlichen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung verhinderten eine weitere Beratung über diesen ersten Entwurf.

Erst im Jahre 1941 fasste das Parlament erneut den Beschluss, der Bundesrat habe einen neuen Entwurf auszuarbeiten.² Am 3. November 1942 kam der Bundesrat diesem Auftrage nach und legte einen neuen Entwurf vor.³ Im Bereich des Ausverkaufs stützte sich dieser neue Entwurf hauptsächlich auf eine Arbeit Professor Germann's aus dem Jahre 1936, in welcher Vorschläge für eine bundesrechtliche Regelung des Ausverkaufs aufgezeigt wurden.⁴

Neu war in diesem zweiten Entwurf auch die Möglichkeit für den Bundesrat vorgesehen, neben der Verordnung über den Ausverkauf auch eine solche über das Zu-

¹ Sten.Bull. StR 1934, 323

² Sten.Bull. NR 1941, 101ff.

³ Botschaft II, 665ff.

⁴ Germann, Vorschläge, 182ff.

gabewesen zu erlassen. Als Entgegenkommen an die Kritiker einer bundesrechtlichen Regelung in Form einer bundesrätlichen Verordnung sollten einige Grundsätze im Gesetz selbst geregelt werden. So war als Richtlinie für die Verordnung vorgesehen, dass die Öffentliche Ankündigung von Ausverkaufsveranstaltungen einer Bewilligungspflicht zu unterstellen sei und diese Bewilligung verweigert oder an beschränkende Bedingungen geknüpft werden könne, soweit die Grundsätze von Treu und Glauben dies verlangten.¹

Am 1. März 1945 konnte das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb in Kraft gesetzt werden, im Einverständnis mit den Kantonen jedoch vorderhand ohne die Artikel über das Ausverkaufswesen, da in jenem Zeitpunkt noch das kriegswirtschaftliche Verbot von Ausverkäufen galt.²

Das BIGA erarbeitete in den Jahren 1946 und 1947 verschiedene Entwürfe einer Ausverkaufsverordnung, welche sich weitgehend auf die Vorschläge Professor Germann's aus dem Jahre 1936 stützten.³

Am 16. April 1947 trat die AVO in Kraft.⁴ Die bisher einzige Revision vom 1. Mai 1971 brachte inso-

¹Sten.Bull. NR 1935, 359

²Verfügung Nr. 16 EVD vom 4.1.1941

³Entwürfe BIGA vom 6. März/22. Mai 1946, 31. Januar/5. Februar 1947

⁴AS 63 (1947) 337ff.

fern Neuerungen, als die Definition der unterstellten Veranstaltungen anders vorgenommen sowie Artikel der Körperpflege, der Reinigung und des täglichen Verbrauchs von der Verordnung ausgenommen wurden. Zudem legte eine neue Bestimmung den frühest möglichen Ankündigungszeitpunkt einer unterstellten Veranstaltung fest.¹

¹SR 1971, 305ff.

KAPITEL 2:

WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG

I. Einleitung

Eine Betrachtung der rechtlichen Ausverkaufsregelung in der Schweiz kann nur sinnvoll erscheinen, wenn gleichzeitig auch die wirtschaftlichen Aspekte dieser Verkaufsformen beleuchtet werden. Es ist somit unerlässlich, vor der Untersuchung der geltenden rechtlichen Bestimmungen des Ausverkaufswesens die wirtschaftliche Bedeutung der verschiedenen Erscheinungsformen darzulegen. Erst anschliessend kann überhaupt der Versuch unternommen werden abzuklären, ob die aktuellen Gesetze sowie deren Anwendung durch die Verwaltungsbehörden und Gerichte der heute herrschenden Wirtschaftssituation überhaupt gerecht zu werden vermögen.

Bei dieser Untersuchung beschränken wir uns im Rahmen dieser Arbeit darauf, die Verhältnisse im Detailhandel zu prüfen, obwohl die wirtschaftliche Erscheinung des Ausverkaufes auch auf den Stufen der Fabrikanten und Grossisten existiert.

II. Allgemeines

Es gibt Situationen, in welchen der Einzelhändler den Preis seiner Waren nicht nach den sonst massgebenden Gesichtspunkten festlegen kann. Statt den Verkaufspreis entweder nach Einstandspreis, Ladenmiete,

Betriebskosten und Gewinnmarge oder aber nach der jeweiligen Marktsituation zu berechnen, kann der Kaufmann durch bestimmte Ereignisse, die in seiner Person oder in äusseren Umständen begründet sind, gezwungen werden, seine Waren möglichst rasch zu verkaufen, um sein Lager räumen zu können. Da ihm dies im Rahmen des normalen Geschäftsganges mit aller Wahrscheinlichkeit nicht möglich ist, versucht er durch reduzierte Warenpreise zusätzliche Kunden in sein Geschäft zu locken, um dadurch die normale Nachfrage zu erhöhen. Dabei kann die Preisreduktion auf den einzelnen Artikeln soweit gehen, dass um des schnellen Absatzes willen ein Verlust in Kauf genommen wird. Es kommt somit bei der Durchführung eines solchen Verkaufes vorab darauf an, statt der Ware möglichst rasch Geld zu erhalten.

Diese Art des Verkaufs wird als Ausverkauf bezeichnet, wobei es sich um einen beschleunigten Warenverkauf während einer bestimmten Zeitdauer handelt, innerhalb welcher bei erhöhter Werbetätigkeit Waren mit sonst nicht gewährten Vergünstigungen angeboten werden.¹

Vor allem in grösserem Rahmen durchgeführte Veranstaltungen dieser Art sind infolge der durch intensive Werbung erreichten Anziehungskraft durchaus geeignet, den regulären Markt in einer bestimmten Branche erheblich zu stören und die Mitkonkurrenten empfindlich zu schädigen.

¹Flüeler, 1
ähnlich Grünpeter, 9 (der jedoch die begrenzte Zeitdauer weglässt)

Neben diesen eigentlichen Ausverkäufen haben sich im Laufe der Zeit zusätzlich noch weitere Formen entwickelt, bei denen es nicht in erster Linie darum gehen muss, statt Ware unbedingt Geld zu erhalten, sondern vielmehr darum, mit der Veranstaltung eine Erhöhung der Geschäftseinnahmen zu erreichen. Obwohl diese Art des Ausverkaufes zu einer ständigen Einrichtung im Einzelhandel geworden ist, sind diese Verkäufe wegen ihrer fraglichen wirtschaftlichen Berechtigung nach wie vor umstritten.

III. Erscheinungsformen des Ausverkaufs

A. Total- und Teilausverkauf

Der Zweck dieser beiden Ausverkaufsarten liegt darin, das gesamte Warenlager (Totalausverkauf) oder eine bzw. mehrere Warengattungen (Teilausverkauf) möglichst rasch zu räumen. Die Ursachen der Durchführung einer solchen Veranstaltung können im Tod oder in einer Krankheit des Geschäftsinhabers, im Umbau oder Umzug des Geschäftes oder ganz einfach im infolge veränderter Marktstruktur schlechten Geschäftsgange liegen. Wäre ein Kaufmann in einer solchen Situation darauf angewiesen, seine Ware im Rahmen des normalen Geschäftsganges abzustossen, müsste er bei nach und nach kleinerem Lager und demzufolge abnehmender Zahl von Kaufinteressenten dennoch bis zum Tag der Geschäftsaufgabe die fixen Spesen der Ladenmiete, Personal- und übrigen Betriebskosten aufbringen; diese Unkosten könnten infolge der kleineren Zahl der Verkäufe nicht mehr

erwirtschaftet werden, sodass bei der Geschäftsaufgabe erhebliche Verluste nicht zu vermeiden wären.

Ist der Einzelhändler aus einer der erwähnten Ursachen gezwungen, sein Geschäft zu liquidieren, so bietet sich ihm der Total- bzw. Teilausverkauf als einzig taugliches Mittel an, um das entsprechende Warenlager innert kürzester Frist zu räumen und damit personelle und finanzielle Kräfte für andere Aufgaben freizubekommen. Die wirtschaftliche Notwendigkeit dieser Formen des Ausverkaufs wird heute kaum mehr ernsthaft in Abrede gestellt und als Ausfluss der durch die Bundesverfassung garantierten HGF als absolut zulässig erklärt. Zum Schutz der Oeffentlichkeit kann jedoch der Gesetzgeber die notwendigen polizeilichen Schranken erlassen.¹

Insbesondere die Ankündigung dieser Veranstaltungen ist in hohem Masse geeignet, das kaufwillige Publikum irrezuführen; denn sehr oft wird der Eindruck einer Geschäftsaufgabe infolge unabwendbarer Zwangslage erweckt, obwohl in Wirklichkeit der Wille zur endgültigen Aufgabe des Geschäftes mit der entsprechenden Liquidation fehlt.²

¹näheres dazu vgl. weiter unten, 121ff.

²vgl. weiter unten, 240f.

B. Sonderverkauf

Eine andere Art des Ausverkaufens stellen die Veranstaltungen dar, welche heute unter dem Sammelbegriff des Sonderverkaufs bekannt sind. Im Gegensatz zu den eben besprochenen Total- und Teilausverkäufen geht es hier nicht allein darum, eine Räumung des Warenlagers zu erreichen; vielmehr sollen durch Sonderverkaufsveranstaltungen, die durchwegs mit intensiver Werbung angekündigt werden, mit besonders günstigen Angeboten auch die "toten Zeiten" im Verkauf belebt und überbrückt werden. Es soll in den umsatzschwachen Perioden mit Billigangeboten die Kaufkraft mobilisiert und damit gleichzeitig ein Ausgleich der saisonalen Absatzschwankungen erreicht werden.¹ Auch in der heutigen, allgemein sehr werbeintensiven Zeit besitzt das Schlagwort "Sonderverkauf" eine grosse Anziehungskraft. Besonders interessant ist die Durchführung des Sonderverkaufs für den Detailhändler auch deshalb, weil der durch die starke Werbung während des Sonderverkaufs ins Geschäft gelockte Kunde häufig auch Käufe von Artikeln tätigt, welche vom Sonderangebot nicht betroffen sind und demzufolge wegen des regulären Preises auch den normalen Gewinn abwerfen. Da heute ein Sonderverkauf, in welchem nur demodierte oder sonstwie schwerverkäufliche Ware zu reduzierten Preisen angeboten werden,

¹Mangold, 226ff.

für die Käufer eine nur geringe Anziehungskraft besitzt, werden in den zweimal jährlich durchgeführten Veranstaltungen regelmässig auch preiswert eingekaufte Artikel zu entsprechend günstigen Preisen zum Verkauf gebracht.¹ Dabei spielen Billigstangebote als wirksamer Kundenfang eine bedeutende Rolle. Nicht alle Artikel eignen sich jedoch gleichermassen als Billigangebote. So gibt es vor allem bei Luxusgütern auch eine Reizschwelle des Preises nach unten, indem nämlich der Käufer ab einer gewissen unteren Preisgrenze nicht mehr daran glaubt, wirklich ein Qualitätsprodukt vor sich zu haben.

Für den Kaufmann bietet demnach der Sonderverkauf die Möglichkeit, jeweils am Ende der Sommer- und Wintersaison sein Warenlager von "nicht gängigen" Artikeln zu säubern und damit den nötigen Raum für die neue Ware zu erhalten. Zudem erhält der Händler auch das zum Ankauf neuer Produkte notwendige Kapital, welches sonst in Form von sich ständig entwertender Ware brachliegen würde.² Bei diesen Verkäufen wird der Kaufmann jedoch meist auf das Erzielen eines Gewinnes verzichten müssen.

Sonderverkäufe sind in der Mode unterworfenen Branchen nicht mehr aus dem Geschäftsleben wegzudenken. Denn haben früher vor allem die klimatischen Ver-

¹Wydler, 21

²Grünbaum, 37

hältnisse den jeweiligen Bedarf bestimmt, so sind heute die Modetrends für die Nachfrage von weit grösserer Bedeutung. Angesichts dieses Moderrisikos beispielsweise in der Bekleidungs- oder Schuhbranche hat der Kaufmann nur die Möglichkeit, die am Ende einer Saison noch vorhandenen ausgesprochenen Modeartikel in einem Sonderverkauf zu genügend reduzierten Preisen abzusetzen. Behält er einen hochmodischen Artikel aus Angst vor massiven Preisreduktionen bis zur entsprechenden Saison des nächsten Jahres am Lager, ist dieser Artikel unter Umständen völlig wertlos. Somit stellen die Sonderverkäufe in diesen Branchen ein notwendiges Mittel dar, um die in grosser Menge unter Umständen bereits dreiviertel Jahre vor Saisonbeginn eingekaufte Ware, die entgegen den Erwartungen nicht den erhofften Absatz gefunden hat, doch noch vor Eintreffen der Ware für die nächste Saison zu veräussern. Eine andere Geschäftsmethode, von der Mode überholte Ware nachträglich zu veräussern, die darin besteht, diese Artikel fortlaufend während des ganzen Jahres im Preis herabzusetzen und auf diese Weise neben der neuen Mode zu verkaufen, hat sich jedenfalls in Europa nicht in grossem Umfange durchzusetzen vermocht.¹

Abgesehen vom Verkauf demodierter Artikel kann der Kaufmann aber auch gezwungen sein, bei der Mode

¹H. Frey, 128f.

nicht unterworfenen, schlechtverkäuflicher Ware massive Preisermässigungen vorzunehmen und sie im Rahmen eines Sonderverkaufes zu verkaufen.

Es ist ohne Zweifel, dass Grossunternehmen des Detailhandels aufgrund ihrer Organisation und Struktur in besonders hohem Masse geeignet sind, Sonderverkäufe durchzuführen. Daneben bietet diese Verkaufsform jedoch auch für den Klein- und Kleinsthändler eine echte Möglichkeit, sein Warenlager vor Ueeralterung zu schützen. Offensichtlich ist auch der offensive Charakter eines Sonderverkaufes: Zweck einer solchen Veranstaltung ist die Förderung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber und auf Kosten der Mitkonkurrenten.¹ Angesichts dieses Zwecks kann es denn auch wenig erstaunen, dass auch mittels unlauterer Methoden die Gunst des Publikums gewonnen werden soll. So erscheint eine rechtliche Regelung, die solchen Machenschaften Einhalt gebietet, als durchaus zweckmässig und gerechtfertigt. Fragwürdig mutet allerdings jede Normierung an, welche über dieses Ziel der Verhinderung des Missbrauchs hinausgeht.²

Trotz den Gefahren, die ein Sonderverkauf in sich trägt, bietet er im allgemeinen für den Konsumenten die reelle Möglichkeit, Waren zu normalerweise nicht gewährten Preisen zu erwerben. Allerdings ist

¹Wydler, 24

²Wydler, 36

nicht zu leugnen, dass der Käufer oft unter dem Einfluss der ihn umgebenden Billigangebote in eine richtige "Ausverkaufspsychose" fällt und unnötige Einkäufe tätigt.¹

IV. Bedeutung von Aus- und Sonderverkauf

Wie nachstehende Tabelle zeigt, übertrifft die Zahl der durchgeführten Sonderverkäufe diejenige der Total- und Teilausverkäufe beträchtlich.² So werden im Gebiet des Kantons Zürich jährlich ungefähr 60 Total- und Teilausverkäufe durchgeführt. Zieht man in Betracht, dass im gleichen Kanton rund 8300 Einzelhandelsgeschäfte existieren, nimmt sich diese Zahl bescheiden aus.³

Dieser Zahl von Total- und Teilausverkäufen stehen im Kanton Zürich jährlich rund 950 durchgeführte Sonderverkäufe gegenüber. Insgesamt werden im gleichen Kanton jährlich ungefähr 65 Mio. Franken Umsatz in Aus- und Sonderverkäufen erzielt. Da in der Regel bei Total- und Teilausverkäufen infolge definitiver Räumung des Warenlagers die erzielten Umsätze höher sind als in Sonderverkäufen, darf für

¹H. Frey, 12f.

²vgl. TABELLE I, 70

³Angaben gemäss Statistischem Amt des Kantons Zürich für das Jahr 1978

T A B E L L E I

<u>Jahr</u>	<u>Totalausverkauf</u>	<u>Teilausverkauf</u>	<u>Sonderverkauf</u>
1970	80	26	951*
1971	55	28	893*
1972	67	30	823
1973	61	30	774
1974	47	35	809
1975	72	47	871
1976	63	57	930
1977	60	43	958
1978	62	69	981

Die Zahlen entstammen dem jeweiligen Geschäftsbericht des Regierungsrates des Kantons ZH und haben demnach Geltung für das Gebiet dieses Kantons.

Die mit * bezeichneten Zahlen beinhalten auch Saison-, Inventur- und Ausnahmeverkäufe, da der Oberbegriff "Sonderverkauf" erst mit der Änderung der Ausverkaufsordnung vom 15. 3. 1971 eingeführt wurde.

die wirtschaftliche Bedeutung der beiden Ausverkaufsarten nicht allein von deren zahlenmässigen Häufigkeit ausgegangen werden. Wie bereits gesehen, besitzen insbesondere die Total- und Teilausverkäufe eine beträchtliche Anziehungskraft auf das Publikum; es ist deshalb nicht von der Hand zu weisen, dass selbst in kleiner Zahl durchgeführte Veranstaltungen dieser Art den regulären Markt bestimmter Artikel in einem bestimmten Gebiet erheblich zu beeinträchtigen vermögen. Dies vor allem auch deswegen, weil wie erwähnt die Kauflust des Publikums durch die grossangelegte Werbung nicht nur zeitlich verschoben, sondern vielmehr während solcher Veranstaltungen noch zusätzlich gesteigert wird. In der Folge ist dann in diesem Gebiet nach durchgeführtem Ausverkauf die Nachfrage nach einem bestimmten Artikel während einer gewissen Zeitdauer besonders gering.

Gemäss heutiger Gesetzgebung sind Sonderverkaufsveranstaltungen im Bereiche der Lebensmittel, der Artikel des täglichen Verbrauchs, der Reinigung und der Körperpflege nicht mehr der bundesrechtlichen Ausverkaufsverordnung unterstellt.¹ Der den Bestimmungen der Verordnung unterstellte Sonderverkauf hat demnach noch vornehmlich seine Bedeutung in der Bekleidungs- und Schuhhandelsbranche sowie im Bereiche der Warenhäuser. Mit dieser Ausklammerung gewisser Bereiche wurden gerade diejenigen Branchen von der Bewilligungspflicht

¹ Art. 3 Abs. 1 AVO

befreit, welche die meisten Sonderverkäufe durchführen. Ueber die sachliche Rechtfertigung der heutigen Unterscheidung zwischen unterstellten und nicht unterstellten Veranstaltungen wird weiter unten in dieser Arbeit noch ausführlich die Rede sein.¹

¹ vgl. weiter unten, 169ff.

KAPITEL 3:

VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DER RECHTLICHEN REGELUNG DES AUSVERKAUFS

I. Einleitung

Um auf die einzelnen Bestimmungen der geltenden rechtlichen Regelung über das Ausverkaufswesen eingehen zu können, haben wir uns zunächst mit deren verfassungsrechtlichen Grundlage zu befassen. Insbesondere muss dabei interessieren, ob der Ausverkauf als besondere Form des Warenverkaufs den Schutz der HGF vor staatlichen Eingriffen genießt; in diesem Zusammenhang soll zudem der Frage nachgegangen werden, ob die freie Betätigung im Bereiche des Ausverkaufswesens überhaupt durch entsprechende Reglementierung in bestimmte Bahnen gelenkt werden darf und wenn ja, welchen Inhalt und welche Form solche Vorschriften aufweisen sollen.

II. Die Handels- und Gewerbefreiheit als verfassungsmässig garantiertes Recht

A. Historisches

Die HGF ist kein klassisches Individualrecht, welches bereits im Freiheitskatalog der amerikanischen "bill of rights" oder der Erklärung der französi-

schen Revolution enthalten gewesen wäre. Allerdings hat die HGF zumindest geistesgeschichtlich gesehen die gleichen Wurzeln wie die erwähnten klassischen Freiheitsrechte; so entwickelte sich aus der Idee des Rationalismus aus der Zeit der Aufklärung sowie des Individualismus am Ende des 18. Jahrhunderts das vom Liberalismus geprägte System der freien Konkurrenz in der Wirtschaft, wobei der Weg vom Zunftsystem über den Merkantilismus zum Spiel der freien Kräfte führte.¹ Neben solchen ideologischen Voraussetzungen verhalfen noch andere Faktoren dem freien Wirtschaftswettbewerb zum allmählichen Durchbruch: es zeigte sich nämlich, dass diese Wirtschaftsform einem Grundtrieb des Menschen zur Selbsterhaltung mit Wetteifer und Gewinnstreben am besten entsprach.²

Im Gebiete der Schweiz bleibt zwar die HGF in der "Helvetic" vom April 1798 noch unerwähnt, jedoch garantiert ein Gesetz vom 19. Oktober 1798 die freie Ausübung von Handel und Gewerbe. Bereits in diesem Gesetz sind aber auch die Grenzen der freien Berufsausübung erwähnt, gemäss denen der Staat als Träger der Polizeigewalt die private Berufsausübung stets dann beschränken soll, wenn ein übermässiger Gebrauch der Freiheit sich zum Nachteil der öffent-

¹Castelberg von, 30ff.

²Castelberg von, 48f.

lichen Ordnung auswirken kann.¹ Die Geltung dieses Gesetzes ist aber nur von kurzer Dauer, und bereits die Mediationsakte von 1803 lässt die HGF wieder völlig unerwähnt. Zwar besteht in dieser Zeit ein Abkommen über den interkantonalen Handelsverkehr, innerhalb ihrer Grenzen bleibt es jedoch den Kantonen überlassen, welches wirtschaftliche System Geltung haben soll.² Dieser rechtliche Zustand bleibt auch unter der BV von 1848 weiterhin bestehen, da die Verfassung sich mit keinem Wort über die HGF auslässt. Es bleibt somit den Kantonen überlassen, ob und in welchem Umfange das in Frage stehende Freiheitsrecht Geltung haben soll. Immerhin wird in der BV ausdrücklich eine Vereinheitlichung des Zollwesens vorgesehen, wie auch die Freiheit im internationalen Verkehr gewährleistet wird.³ Mit der Totalrevision der BV von 1874 findet die HGF erstmals Eingang in die Verfassung, wobei gemäss Art. 31 klar festgehalten wird:

"Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet."⁴

¹Aubert, 665 N. 1855, 1856

²Aubert, 666 N. 1857

³Art. 23 BV, Art. 29 BV

⁴Art. 31 Abs. 1 (Fassung von 1874)

Allerdings bedeutete schon damals dieser Artikel keine schrankenlose Freiheit von Handel und Gewerbe, blieben doch bundesrechtliche und kantonale Monopole sowie die Zölle und Verbrauchssteuern vorbehalten.¹ Weiter bildete die eidgenössische und kantonale Gewerbepolizei- und Sozialgesetzgebung schon damals eine zulässige Schranke der HGF;² hingegen waren wirtschaftspolitische Massnahmen, die das Prinzip der HGF beeinträchtigten, ausgeschlossen.³ Seit dieser Sanktionierung des Prinzips des liberalen Wirtschaftsgrundsatzes im Jahre 1874 hat sich das Wirtschaftssystem einer unaufhörlichen Wandlung und Anpassung an veränderte Bedingungen unterziehen müssen. So wurde das 1874 kaum angetastete Prinzip der freien wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen sowie der freien Konkurrenz im Verlaufe der Zeit immer mehr eingeschränkt. Bereits im Jahre 1908 erhielt der Bund gemäss einem neuen Verfassungsartikel eine umfassende Kompetenz zur Regelung des Gewerbewesens, was zu gewerbepolitischen und sozialpolitischen Erlassen führte, welche naturgemäss dem Spielraum des Einzelnen staatliche Grenzen setzten.⁴ Gestützt auf Art. 34^{ter} BV erliess der Bund im Jahre 1924 ein Gesetz, welches die Erweiterung und Neu-

¹ Art. 31 lit. a BV (Fassung von 1874)

² Art. 31 lit. e BV (Fassung von 1874)

³ Fleiner/Giacometti, 276

⁴ Art 34^{ter} BV

erstellung von Hotels nur erlaubte, wenn ein volkswirtschaftliches Bedürfnis glaubhaft gemacht werden konnte.¹ Die in diesem Erlass angewendete Bedürfnisklausel stand nach der damaligen Praxis des Bundesgerichtes in klarem Widerspruch zum Prinzip der HGF.² Dass die Klausel trotzdem Aufnahme im Gesetz fand, hängt damit zusammen, dass von Parlament und Bundesrat mehrheitlich die Meinung vertreten wurde, der Art. 34^{ter} BV gehe der HGF nach Art. 31 BV vor, weshalb die auf erstere Bestimmung gestützte Gesetzgebung sich nicht an den Grundsatz zu halten brauche.³ Mit gleicher Begründung wurde nur einige Jahre später, ebenfalls auf Artikel 34^{ter} BV gestützt, der Bundesbeschluss über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften erlassen.⁴ Gemäss diesem Erlass durften Erweiterungen oder Neueröffnungen von Geschäften der erwähnten Art nur vorgenommen werden, wenn ein entsprechendes Bedürfnis nachgewiesen wurde. Ziel dieser Norm war es ganz offensichtlich, die den Mittelstand bildenden Kaufleute des Detailhandels vor allzu grosser Konkurrenz der Warenhäuser und ähnlichen Grossverteiler zu schützen. Solche Massnahmen verstiessen jedoch gegen das in

¹AS 1925, 50ff.

²BGE 47 I 41

³Germann, Schranken, 338

⁴AS 1933, 825ff.

Art. 31 BV institutionalisierte Prinzip der HGF, liessen sie sich doch in keiner Weise mit einem zulässigen polizeilichen Zweck rechtfertigen, sondern stellten sie vielmehr unzulässige wirtschaftspolitische Eingriffe dar.¹ Diese an und für sich unzulässigen Beschränkungen erfolgten jedoch nicht bloss auf Betreiben gewisser mittelständischer Kreise; viel eher waren diese Eingriffe Folge einer allgemeinen Einsicht, dass die freie Konkurrenz und das liberale Wirtschaftssystem alleine nicht genügten, um einen geordneten Wirtschaftsablauf und die Verhütung wirtschaftlicher Krisen zu garantieren.²

Ähnlicher Natur waren auch die Bundesbeschlüsse der Jahre 1935 und 1936, welche durch verschiedene Massnahmen die Sanierung der angeschlagenen Uhrenindustrie ermöglichen sollten.³ Schliesslich verfolgte der Bundesbeschluss betreffend das Eröffnungsverbot von Schuhreparaturwerkstätten vom 28. September 1934 den gleichen Zweck, wollte er doch die Kleinbetriebe des Schuhmachergewerbes vor einer übermässigen Ausdehnung der Grossbetriebe

¹ vgl. weiter unten, 116ff.

² F. Imboden, 54

³ AS 49, 811
AS 51, 821
AS 52, 143

schützen.¹

Nach einer Welle des Glaubens an die unbegrenzten Möglichkeiten der vom Staat nicht beschränkten freien Marktwirtschaft folgte nun die Erkenntnis, dass die freie Wirtschaft sich nicht in jedem Falle selbst regeln kann, sondern der Staat in gewissen Fällen mit entsprechenden Vorschriften ordnend eingreifen muss. Die Gründe dieser Notwendigkeit staatlicher Eingriffe sind vornehmlich im Machttrieb des einzelnen Menschen zu suchen; so führt dieser Faktor dazu, dass jeder Wettbewerber versucht, seine Mitkonkurrenten auszuschalten. Kommen als weitere Elemente übersteigerter Materialismus sowie mangelnde Geschäftsmoral dazu, so entstehen Auswüchse im System der freien Konkurrenz, welche durch das System allein nicht mehr korrigiert werden können.² Allmählich setzte sich daher die Erkenntnis durch, dass der Staat zwar jedem im Sinne der HGF frei überlassen muss, welche Tätigkeit er wie ausüben will, dass hingegen die Festlegung und Einhaltung gewisser Spielregeln im Wettbewerb durch staatliche, für jedermann verbindliche Eingriffe garantiert werden muss. Gemäss dieser durch die Erfahrung gewonnenen Einsicht oblag somit dem Staat die Pflicht, durch Erlass geeigneter Normen den unlauteren Wettbewerb zu verhindern und über

¹AS 50, 661

²Castelberg von, 64ff.

die Innehaltung einer minimalen Geschäftsmoral zu wachen.¹ Die Anfänge des Wettbewerbsrechtes in der Schweiz gehen zurück auf Art. 50 des alten Obligationenrechtes aus dem Jahre 1881, gemäss welcher Bestimmung der unlautere Wettbewerb als unerlaubte Handlung eingeklagt werden konnte. Mit der Revision des Obligationenrechtes im Jahre 1911 wurde mit Art. 48 eine spezielle Bestimmung über den unlauteren Wettbewerb ins Gesetz aufgenommen. Nach einem ersten gescheiterten Entwurf des Bundesrates für ein Spezialgesetz über den unlauteren Wettbewerb aus dem Jahre 1934 wurde ein zweiter Entwurf dem Parlament im Jahre 1942 vorgelegt und am 20. Oktober 1944 vom Volk gutgeheissen, so dass das Gesetz am 1. März 1945 in Kraft treten konnte.²

Neben den bereits erwähnten wirtschaftspolitischen Eingriffen in den einzelnen Branchen hob der Bund im Jahre 1936 auch die freie Preisbildung auf, indem er durch Beschluss vom 20. Juni 1936 die Kompetenz zur Ueberwachung der Warenpreise erhielt.³ Schliesslich führte auch das Gewähren von Subventionen zu wirtschaftspolitischen Eingriffen, die oft der inländischen Produktion gegenüber der entspre-

¹ Ueber den Begriff des unlauteren Wettbewerbs vgl. dieser Arbeit.

² vgl. weiter oben, 59
AS 61, 1ff.

³ AS 52, 504

chenden ausländischen einen Vorteil verschafften.¹ Verstärkt wurde die Tendenz zu vermehrten Wirtschaftslenkungsmaßnahmen durch die beiden Weltkriege, da der Bund im Interesse einer gesicherten Versorgung unseres Landes weitgehende Kompetenzen zum Erlass von Vorschriften über Lagerhaltung und Produktion erhielt, die naturgemäss die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit stark einschränkten.²

Diese aufgeführten Massnahmen sowie auch das neu eingeführte Wettbewerbsrecht führten schliesslich zu einem Auseinanderklaffen der unsprünglichen Idee des uneingeschränkten Wirtschaftsliberalismus, welcher in der BV seinen Niederschlag gefunden hatte, und der tatsächlichen Rechtswirklichkeit. Dieser Umstand war umso unbefriedigender, als der Bund eine verfassungsmässige Kompetenz zu wirtschaftspolitischen Massnahmen nicht besass, so dass neben Art. 31 BV auch Art. 3 BV (Bund besitzt Gesetzgebungskompetenz nur auf Gebieten, auf welchen sie ihm ausdrücklich durch die Verfassung übertragen wird) durch die Anordnungen des Bundes verletzt war.

Ungefähr ab dem Jahre 1930 wurden im Parlament

¹So subventionierte beispielsweise das Bundesgesetz über die Getreideversorgung den inländischen Anbau von Getreide (AS 49, 439)

²Lautner, 340ff.

zahlreiche Verstösse aus allen politischen Lagern gemacht, in welchen die Anpassung der Wirtschafts-Artikel in der BV an die veränderten Verhältnisse verlangt wurde.¹ Dass sich gewisse Wandlungen im Bereiche der Wirtschaft vollzogen hatten, wurde von keiner Seite ernsthaft in Abrede gestellt; insbesondere war man sich allerorts darüber im klaren, dass die zunehmenden internationalen Verflechtungen der Wirtschaft auch im Landesinnern einer gewissen organisatorischen Zusammenfassung bedurften. So wurde denn auch nie die Forderung gestellt, es sei zur uneingeschränkten Wirtschaftsfreiheit zurückzukehren, andererseits wurde auch nie der Wunsch nach vollständiger Planwirtschaft laut. Vielmehr sollte der Grundgedanke der HGF unter Berücksichtigung der weiterentwickelten wirtschaftlichen Verhältnisse wieder hergestellt werden.² Eine erste umfassende Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung datiert vom 10. September 1937 und enthielt den Entwurf einer Partialrevision der BV, welcher die verfassungsmässige Grundlage für die künftige Wirtschafts-Gesetzgebung abgeben sollte. Durch die Revision sollten bestehende Lücken geschlossen und zudem die Realisierung etlicher neuer Forderungen ermöglicht wer-

¹BB1 1937 II, 871ff.

²BB1 1937 II, 840

den.¹ So sollte gemäss diesem Verfassungsentwurf zunächst Art. 31 Abs. 2 BV neu gefasst und ganz allgemein Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe für zulässig erklärt werden, sofern durch sie der Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigt wird. Im weiteren sollte der Bund gemäss einer neuen Bestimmung, welche den alten Art. 34^{ter} BV zu ersetzen hatte, umfassende Kompetenzen zum Erlass geeigneter Massnahmen zur Förderung von Gewerbe, Handel, Industrie, Landwirtschaft und Fremdenverkehr erhalten.² Dabei sollte in einer abschliessend aufgezählten Reihe von Fällen sogar vom Grundsatz der HGF abgewichen werden können. Zudem sollten Vereinbarungen und Beschlüsse von Berufsverbänden vom Bund allgemein verbindlich erklärt werden können; schliesslich sah der erwähnte Verfassungsentwurf vor, dem Bund eine umfassende Kompetenz auf den Gebieten des Arbeitnehmerschutzes, der Arbeitsvermittlung, Arbeitslosenversicherung, beruflichen Ausbildung sowie der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einzuräumen. Nach eingehender Beratung der bundesrätlichen Botschaft im Parlament wurde am 21. September 1939 die Revision der Wirtschaftsartikel der BV beschlossen, wobei gegenüber der Botschaft des Bundesrates etliche Aenderungen vorgenommen wurden.

¹BB1 1937 II, 881

²BB1 1937 II, 878

Infolge des Kriegsausbruches konnte jedoch dieser Beschluss Volk und Ständen nicht sofort zur Abstimmung vorgelegt werden. Nach einer weiteren Vernehmlassung im Jahre 1944 fasste das Parlament am 4. April 1946 einen erneuten Beschluss über die Revision der Wirtschaftsartikel, wobei als wichtigste Aenderung gegenüber dem Beschluss vom 21. September 1939 das Fallenlassen der Befugnis des Bundes zu nennen ist, Bestimmungen über Allgemeinverbindlichkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände zu erlassen.¹ Die entsprechende Bundeskompetenz wurde nämlich auf das Gebiet der Gesamtarbeitsverträge und anderer gemeinsamer Vorkehren von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden beschränkt. Zudem sollte der Bund die Kompetenz erhalten, Bestimmungen über das Bankenwesen zu erlassen. In der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 wurde der Bundesbeschluss vom Volk mit ca. 556 000 gegen 494 000 Stimmen und von 13 gegen 9 Ständen angenommen.²

Mit Volksabstimmung vom 26. Februar 1978 wurde eine neue Fassung von Art. 31^{quinquies} BV angenommen, gemäss welcher der Bund die nötigen Kompetenzen zu Vorkehren für eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung treffen und dabei in gewissen Bereichen nötigenfalls von der Handels- und Gewerbe-

¹BB1 1937 II, 886f.

²AS 63, 1041ff.

freiheit abweichen kann.¹ Entsprechend dem Beschluss der Bundesversammlung vom 22. Juni 1979 soll dem Volk demnächst eine neue Fassung von Art. 31^{bis} lit. e BV vorgelegt werden, wonach der Bund die Kompetenz erhalten soll, "nötigenfalls in Abweichung der Handels- und Gewerbefreiheit vorsorgliche Massnahmen der wirtschaftlichen Landesverteidigung und auch über Massnahmen zur Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen bei schweren Mangellagern zu treffen, sofern die Wirtschaft denselben nicht selbst begegnen kann." ²

B. Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nach geltendem Recht

1. Die Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht

a) Wortlaut.

Die heutige Fassung des in der BV niedgelegten Grundsatzes der HGF lautet: "Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung

¹ Art. 31 quinquies BV

² inzwischen in Kraft getreten

und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist."¹ Bei der Revision der Wirtschaftsartikel der BV im Jahre 1947 wurde diese Grundsatzbestimmung praktisch unverändert aus der Verfassung von 1874 übernommen. So stammt denn auch der Ausdruck "Handel und Gewerbe" aus der erwähnten Verfassung des vorigen Jahrhunderts, er ist somit gemäss seiner historischen Bedeutung auszulegen. Im damaligen Zeitpunkt wollte man mit der HGF einerseits die Handwerker gegen die eben abgeschafften Zünfte und andererseits den Handel gegen die kantonalen Zölle schützen.² Nach herrschender heutiger Lehrmeinung gewährleistet die HGF jede privatrechtliche Tätigkeit, so dass die Begriffe von Handel und Gewerbe als "pars pro toto" für sämtliche privaten Erwerbstätigkeiten stehen.³ Dieser umfassende Schutz der wirtschaftlichen Betätigung schlechthin kommt der HGF nach Art. 31 Abs. 1 BV auch gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichtes zu.⁴

¹ Art. 31 Abs. 1 BV

² Huber, Wirtschaftsfreiheit, 225

³ Fleiner/Giacometti, 282 vgl. auch
Burckhardt, 233
F. Imboden, 28
H. Marti, 2 N.3

⁴ BGE 94 I 226, wo auch die freien Berufe dem Schutz der HGF unterstellt werden.
Ferner: BGE 101 Ia 256, 340, BGE 101 Ia 457, gemäss welchem auch die erwerbsmässige Prostitution den Schutz der HGF geniesst.

Angesichts des Schutzes aller denkbaren Formen privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit wird vor allem in der neueren Lehre da und dort statt des Begriffes der HGF nach Art. 31 Abs. 1 BV ein anderer Ausdruck verwendet, der den Inhalt des Freiheitsrechtes besser wiedergeben soll. So hat sich neben den Begriffen "Marktwirtschaft" sowie "freier Wettbewerb" auch insbesondere der Ausdruck "Wirtschaftsfreiheit" als Ersatz für den Begriff "Handels- und Gewerbefreiheit" breitgemacht.¹ Nachdem jedoch klar ist, wie der Ausdruck von "Handel und Gewerbe" heute zu verstehen ist, kann von einer echten Notwendigkeit der Umbenennung u.E. nicht gesprochen werden; es soll deshalb in dieser Arbeit am herkömmlichen Ausdruck festgehalten werden. Dies erscheint umso sinnvoller, als eine vom Wortlaut des geltenden Verfassungsrechtes abweichende Benennung zudem geeignet ist, sowohl begrifflich als auch inhaltlich zu verwirren.

Wenn im zweiten Teil von Art. 31 Abs. 1 BV gesagt wird, dass der Grundsatz der HGF nur gewährleistet ist, soweit er nicht durch

¹Jetzer, 43 FN 6

a.M. Hildebrand, 50, der die HGF nicht mit der Wirtschaftsfreiheit gleichsetzt.

die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt wird, so hat diese Feststellung lediglich deklaratorischen Charakter; eine andere Bedeutung kann diesem allgemeinen Vorbehalt schwerlich zukommen, hättenja sonst die ausdrücklich angeführten, speziellen Vorbehalte der HGF gemäss Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 31^{bis} Abs. 3 BV sowie Art. 31^{ter} BV überhaupt keinen Sinn.¹

Die HGF gibt dem Einzelnen das Recht, sich ohne jegliche staatliche Einmischung auf wirtschaftlichem Gebiet betätigen zu können.² M.a.W. hat sich der Private in diesem Bereich Eingriffe staatlicher Behörden nur gefallen zu lassen, wenn dieselben durch einen in der Bundesverfassung festgelegten Vorbehalt gedeckt sind.³ Die Bindung der Staatsgewalt soll im übrigen nach Art. 31 Abs. 1 BV "im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft" gewährleistet sein. Mit dieser örtlichen Abgrenzung der HGF soll eine wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen über die Kantons Grenzen hinaus ermöglicht werden. Die Aufnahme dieser Wendung zum Schutze vor kantonalen Schranken

¹ Homburger, 95
Fleiner/Giacometti, 287

² Fleiner/Giacometti, 283
Homburger, 94

³ BGE 52 II 384

wird wiederum verständlich, wenn man sich der Verhältnisse in der Schweiz um das Jahr 1870 erinnert.

b) Der geschützte Personenkreis

Da Art. 31 Abs. 1 BV nichts über den Kreis der Personen aussagt, welche sich auf die HGF berufen können, ist durch Auslegung der von diesem Freiheitsrecht erfasste Personenkreis zu ermitteln. In Art. 5 BV wird festgehalten, dass der Bund den "Bürgern" die verfassungsmässigen Rechte gewährleistet. Dieser Wortlaut legt immerhin den Schluss nahe, die HGF als verfassungsmässiges Recht stehe nur den Schweizerbürgern, nicht aber den Ausländern zu.¹ Es kann jedoch in diesem Zusammenhang nicht unbeachtet bleiben, dass der Begriff "Bürger" vom Verfassungsgeber nicht stets mit gleicher Bedeutung angewendet wird.² Zudem hat sich die diesbezügliche Praxis des Bundesgerichtes bei anderen verfassungsmässigen Rechten gegen den klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung eigenständig entwikk-

¹H. Marti, 28 N. 40, der aufgrund der subjektiv-historischen Auslegungsmethode zu diesem Schluss kommt. BB1 1879 II 989, BB1 1874 I 1075, wo die klare Auffassung vertreten wird, dass die HGF nur für Schweizer Bedeutung habe.

²BGE 83 I 177

kelt. So haben nach Auffassung des Gerichts alle, auch die Ausländer, Anspruch auf Gleichbehandlung gemäss Art. 4 BV, obwohl diese Bestimmung nur von "Schweizern" spricht.¹ In der Doktrin wird schliesslich auch die Meinung vertreten, die Freiheitsrechte seien schon ihrer Natur gemäss allen Menschen gleichermaßen zugänglich.²

Oft wird in der Literatur über die Freiheitsrechte aber auch unterschieden zwischen den jedermann zustehenden Menschenrechten und den Bürgerrechten, auf welche sich nur die Staatsangehörigen berufen können.³ Richtigerweise muss wohl die Auslegung eines verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechtes der schöpferischen Tätigkeit der anwendenden Behörde überlassen werden.⁴ Dies kann dann allerdings zu einer Wandlung des Resultates in verschiedenen Zeitabschnitten führen.

Das Bundesgericht beschränkt seit jeher den Schutz der HGF auf Schweizerbürger.⁵ Immer-

¹BGE 76 I 116

²Aubert, 374 N. 1001

³M.B. Marti, 26 und dort zitierte Autoren

⁴M.B. Marti, 32

⁵BGE 48 I 285

hin sind auch die Ausländer auf wirtschaftlichem Gebiet nicht völlig schutzlos, vielmehr können auch sie sich auf die HGF berufen, sofern ein entsprechender Staatsvertrag ihres Heimatlandes mit der Schweiz dies vorsieht.¹ In der Literatur wird diese Beschränkung auf Schweizerbürger sowie Ausländer mit entsprechendem Staatsvertrag mehrheitlich unterstützt, vor allem mit der Begründung, es rechtfertige sich durchaus, die Berechtigung von Ausländern auf freie wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz von der Reziprozität abhängig zu machen.² Unbestritten ist seit jeher, dass sich auch Frauen und Minderjährige auf die HGF berufen können.³ In konstanter Praxis hat das Bundesgericht sodann erklärt, die HGF sei nur auf selbständig Erwerbende anwendbar.⁴ Im Jahre 1958 änderte das Gericht jedoch diese Praxis und stellte fest, dass auch der Angestellte sich auf den Grundsatz der HGF berufen könne.⁵ Diese Praxisänderung ist zu

¹BGE 48 I 285

²Aubert, 375 N. 1005

a.M. Widmer, 30

³H. Marti, 29 N. 41
BGE 47 I 153

⁴BGE 63 I 229
BGE 64 I 25

⁵BGE 84 I 21

begrüssen. Allein die Tatsache, dass der fundamentale Grundsatz der HGF in unserer Verfassung anderenfalls nur von einer kleinen Minderheit selbständig Erwerbender angerufen werden könnte, wäre unbefriedigend. Die Aenderung der Rechtssprechung scheint aber auch dem heutigen Alltag sachlich gerecht zu werden, da im heutigen Wirtschaftsleben oft auch Angestellte darauf angewiesen sind, ihr Recht auf Tätigwerden in einem bestimmten Wirtschaftsbereich direkt geltend machen zu können.¹ Immerhin sind zur erwähnten Praxisänderung des Bundesgerichtes auch kritische Stimmen laut geworden, welche die Erweiterung des geschützten Personenkreises auch auf die Angestellten unnötig finden; dies vor allem deshalb, weil der unselbständig Erwerbende gemäss dieser Meinung stets in der Lage ist, sich auf die zivilrechtliche Vertragsfreiheit stützen zu können.²

Unbestritten ist sei jeher, dass juristische Personen des Privatrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit den Schutz der HGF geniessen,

¹H. Marti, 48 N. 85
Aubert, 671 N. 1877

²Widmer, 40f.

wenn sie in der Schweiz domiziliert sind.¹ Hingegen können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht auf die HGF berufen.² Da die HGF als Freiheitsrecht dem Individuum eine staatsfreie Sphäre garantiert, erscheint klar, dass sich das Gemeinwesen selbst nicht auf dieses Recht berufen kann, auch wenn es in irgend einer Form wirtschaftlich tätig wird.³ Die HGF hat denn auch als Individualrecht das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, nicht jedoch das Verhältnis der verschiedenen Gemeinwesen unter sich zu regeln.⁴

c) Gegenstand der HGF

Auf die HGF kann sich berufen, wer in seiner privaten Tätigkeit vom Staat in irgend einer Form behindert wird. Entscheidend ist dabei, dass es sich um eine private Tätigkeit handelt, die auf Erwerb ausgerichtet ist.⁵ Das

¹ Fleiner/Giacometti, 281 FN 3
Marti, 32 N. 49

² Burckhardt, 227

³ Fleiner/Giacometti, 281f.

⁴ H. Marti, 34 N. 53

⁵ H. Marti, 40 N.63; Marti betrachtet als ausschlaggebende Faktoren, dass es sich bei der Tätigkeit um eine private und wirtschaftliche handelt.

Bundesgericht hält jede Tätigkeit als durch die HGF geschützt, wenn sie gewinnstrebend und beruflich ist.¹ Hingegen ist nach Gerichtspraxis nicht erforderlich, dass die Tätigkeit auch wirklich gewinnbringend ist.² Es muss sich im weiteren auch nicht um eine hauptberufliche Tätigkeit handeln, vielmehr genießt auch der nur gelegentlich ausgeübte Nebenerwerb den Schutz dieses Freiheitsrechtes.³ Grundsätzlich kann somit gesagt werden, dass jede letztlich auf Gewinn ausgerichtete, private Tätigkeit in jeder Form ihrer Ausübung durch die HGF vor staatlicher Einflussnahme geschützt ist. Vom Schutze der HGF werden jene Tätigkeiten nicht erfasst, welche nicht dem Privatrecht angehören, sondern in irgend einer Weise durch das öffentliche Recht bestimmt werden. Auf die HGF kann sich somit nicht stützen, wer ein öffentliches Amt ausübt.⁴

Nach wir vor ist nur derjenige geschützt, welcher in seiner Erwerbstätigkeit gestört

¹BGE 97 I 121
BGE 101 Ia 256

²BGE 56 I 437
ZBl 71, 379

³BGE 58 I 151

⁴vgl. weiter unten, 112

wird. Insbesondere kann sich nicht der blosser Konsument, welcher nicht in seiner Erwerbstätigkeit betroffen ist, auf die HGF berufen.¹

d) Inhalt

Die HGF beinhaltet für den Einzelnen die Möglichkeit, eine Erwerbstätigkeit seiner eigenen Wahl zu ergreifen. Dabei steht es jedem einzelnen auch frei, gar keiner Tätigkeit nachzugehen.² Voraussetzung dieser Erwerbsfreiheit ist jedoch, dass grundsätzlich der Zugang zu sämtlichen Erwerbstätigkeiten frei ist.³ Ausser den verfassungsmässig erlaubten Schranken darf daher die Ergreifung eines bestimmten Berufes nicht von weiteren, speziellen Bedingungen abhängig gemacht werden.⁴ Hat der Erwerbstätige seine Wahl getroffen, kann er, wiederum innerhalb der zulässigen Schranken, die gewählte Tätigkeit frei aus-

¹ BGE 102 Ia 122, wo dem Konsumenten der Anspruch auf eine möglichst grosse Anzahl von Einkaufsmöglichkeiten als Ausfluss der HGF abgesprochen wird.

² H. Marti, 62 N. 116
WuR 11, 279

³ BGE 100 Ia 174f.

⁴ BGE 91 I 460, betreffend der zulässigen Schranken siehe weiter unten in dieser Abhandlung, 113ff.

üben. Dazu gehört, dass die Art und Weise der Ausübung selbst gewählt,¹ z.B. die Preise für Verkaufsware selbst festgelegt² sowie die Tätigkeit im ganzen Gebiet der Schweiz öffentlich angepriesen werden kann.³

Das Bundesgericht hat denn auch wiederholt den Ausverkauf als besondere Verkaufsform als eine durch die HGF geschützte, grundsätzlich zulässige Art des Warenabstosses bezeichnet.⁴

Nach dem Gesagten muss es ebenso dem Einzelnen überlassen bleiben, ob er einem Berufsverband beitreten und mit welchen anderen Wirtschaftssubjekten er in geschäftliche Beziehungen treten will.⁵ Gegenstand einer weiter unten vorzunehmenden Abklärung bildet allerdings die Frage, ob und in welche Ausmass die HGF angerufen werden kann, wenn der Einzelne von anderen Privaten gehindert wird,

¹Jetzer, 44

²H. Marti, 60 N. 112

³David, 11
BGE 87 I 264

⁴BGE 48 I 457
BGE 57 I 376

⁵H. Marti, 61 N. 114
Huber, Rechtssprechung, 198, wo er sich kritisch mit einem Urteil auseinandersetzt, welches den obligatorischen Aerzteverband als zulässig erklärt.

seine Tätigkeit nach freiem Willen auszuüben.¹ Nach neuer Praxis des Bundesgerichtes schliesslich ist es dem Einzelnen auf Grund der HGF auch gestattet, seine private Tätigkeit auf öffentlichem Grund auszuüben.²

2. Die HGF als Institutsgarantie

a) Allgemeines

Neben der unbestrittenen Schutzwirkung der HGF als Garant freier Entfaltung des Individuums auf wirtschaftlichem Gebiet ist zusätzlich der Frage nachzugehen, ob der Grundsatz nach Art. 31 Abs. 1 BV über seinen Inhalt als Individualrecht hinaus weitere Wirkungen zu entfalten vermag. Seit Einführung der HGF durch den Verfassungsgeber befassen sich Doktrin und Gerichtspraxis mit der Frage, ob die HGF auch ein bestimmtes Wirtschaftssystem garantiere. Beantwortet man diese Frage in positivem Sinne, so ist der HGF neben ihrer Wirkung als Individualrecht auch die weitere Bedeutung zuzuschrei-

¹ vgl. weiter unten, 102

² BGE 101 Ia 480; dies jedoch nur soweit, als durch die Ausübung der Allfemeingebrauch des öffentlichen Grundes nicht übermässig gestört wird.

ben, ein ganz bestimmtes Prinzip des wirtschaftlichen Ablaufes zu garantieren. Deutet man die HGF in dieser Weise, kommt ihr institutioneller Charakter zu. Ob die HGF eine solche Wirkung entfaltet, ist nachstehend kurz zu untersuchen.

b) Mögliche Wirtschaftssysteme

Als mögliche Wirtschaftssysteme kommen grundsätzlich der freie Wettbewerb, der Plan sowie wirtschaftliche Betätigung mittels Gruppenvereinbarung in Frage.¹ Ohne Zweifel steht fest, dass die HGF das System der Privatwirtschaft vorsieht, sollen doch gerade die für die Planwirtschaft nötigen staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft verhindert werden.² Uneinigkeit besteht hingegen darüber, ob durch den Verfassungsgrundsatz der HGF das System der freien Konkurrenz garantiert werden soll. Die traditionelle Lehrmeinung geht davon aus, dass durch die HGF das System der freien Konkurrenz garantiert wird.³

¹Schluep, Wettbewerbspolitik, 45

²H. Marti, 22 N. 32

³Fleiner/Giacometti 283; Fleiner/Giacometti sehen lediglich zwei praktisch mögliche Wirtschaftssysteme, nämlich den Plan und die freie Konkurrenz.
Burckhardt, 233
Saladin, 220

Auch das Bundesgericht steht nach konstanter Praxis auf dem gleichen Standpunkt.¹ Vor allem die neuere Doktrin ist jedoch der Meinung, die HGF garantiere die umfassende privatautonome Wirtschaftsgestaltung. So führt Marti aus, das Ordnungsprinzip der freien Konkurrenz sei gemäss der HGF zwar eine mögliche Art der Gestaltung des Wirtschaftsablaufes, hingegen sei es nicht eine notwendige.² Aehnlich stellt Christen fest, dass nach heutiger Verfassung Wettbewerb und Gruppenvertrag gleichermassen zulässig seien und somit der Verfassung keine ordnungspolitische Konzeption entnommen werden könne.³ Mit dem Festlegen der HGF in der Verfassung war der damalige Verfassungsgeber der Ueberzeugung, es stelle sich als zwingende Folge automatisch die freie wirtschaftliche Konkurrenz ein. Einzige Voraussetzung zur Sicherung des Spiels der freien Kräfte schien die staatliche Enthaltksamkeit zu sein.⁴ Man war im damaligen Zeitpunkt auch der Ansicht,

¹
BGE 82 II 302
BGE 86 II 376

²H. Marti, 22 N. 32

³Christen, Wirtschaftsverfassung, 259
Kundert, 85

⁴Homburger, 16

eine eventuelle private Monopolbildung würde durch die Dynamik des sich einstellen- den Wettbewerbs absorbiert.¹ Wie die tatsächliche Entwicklung unseres Wirtschaftssystems gezeigt hat, sind die Erwartungen des Verfassungsgebers aus dem Jahre 1874 nicht erfüllt worden. Vielmehr hat sich erwiesen, dass die der privaten, von jeglichen staatlichen Eingriffen freien Wirtschaft eigenen Gesetze eben nicht zwangsläufig zur freien Konkurrenz, sondern auch zu privaten Gruppenverträgen führen können.²

Dieser Entwicklung trug der Verfassungsgeber insofern Rechnung, als er anlässlich der Revision unserer Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 die Gruppenvereinbarung Privater (Kartelle und ähnliche Organisationen) für grundsätzlich zulässig erklärte.³ Mit dieser Zulässigkeitserklärung privater Beschränkungen des Wettbewerbs steht gleichzeitig fest, dass die HGF es dem Privaten überlässt, ob er seine Erwerbstätigkeit in Konkurrenz zu den Mit-

¹Kundert, 80

²Homburger, 62

³Dies geht unter anderem aus Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV hervor, welcher nur bei sozial oder volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen einen Eingriff in die Kartelle und ähnliche Organisationen vorsieht. Sten.Bull. NR 1938, 338 (Nietlisbach), wo es im Parlament ausdrücklich abgelehnt wurde, die privaten Kartelle auf Grund der HGF zu verbieten.

bewerbern ausüben oder ob er mit seinen Konkurrenten zusammenarbeiten will.¹ Aus dem Gesagten geht auch hervor, dass die HGF das System der Privatwirtschaft vorsieht und somit eine staatlich gelenkte Planwirtschaft ausschliesst. Im weiteren schreibt der verfassungsmässig garantierte Grundsatz der HGF jedoch kein bestimmtes Verfahren des Wirtschaftsablaufes vor; die HGF hat somit keinen institutionellen Charakter.² Insbesondere vermag die Praxis des Bundesgerichtes, gemäss welcher die HGF auch die Konkurrenzfreiheit beinhaltet, nicht zu überzeugen.³ Indem nämlich dasselbe Gericht andererseits erklärt, Kartell und Boykott seien grundsätzlich zulässig, muss es sich den Vorwurf der Widersprüchlichkeit gefallen lassen.⁴

¹Kundert, 85
Nef, SJK, Karte 616, 4f.
Homburger, 105

²Allemann, 2

³BGE 86 II 376

⁴BGE 76 II 287f.
vgl. Christen 254, der die Auffassung vertritt, das Bundesgericht meine mit dem Begriff der freien Konkurrenz nicht den freien Wettbewerb als solchen, sondern lediglich die privatautonome Wirtschaftsgestaltung im Gegensatz zur Planwirtschaft.

Diese Ansicht wird jedoch in BGE 82 II 302 klar widerlegt, indem in diesem Entscheid nicht der Begriff der freien Konkurrenz, sondern derjenige des freien Wettbewerbs verwendet wird.

c) Horizontalwirkung

Eng verknüpft mit der Frage der institutionellen Garantie der HGF ist das Problem der Horizontalwirkung dieses Freiheitsrechtes. Unter diesem Begriff versteht man die Bindung Privater an das betreffende Grundrecht. Es ist somit zu untersuchen, ob die HGF auch von demjenigen angerufen werden kann, welcher in seiner privaten Erwerbstätigkeit nicht durch den Staat, sondern durch andere Private beeinträchtigt wird. Das Bundesgericht lehnt eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Drittwirkung von Grundrechten ab.¹ Immerhin vermag Saladin im Entscheid BGE 86 II 365 eine Wandlung der Rechtsprechung zu erkennen, indem nämlich in diesem Urteil erklärt wird, der freie Wettbewerb dürfe auch durch private Abmachungen nicht ausgeschaltet werden.² Es erscheint richtig, mit der herrschenden Doktrin eine unmittelbare Drittwirkung der HGF, welche vor allem zur Schaffung eines staatsfreien Raums in die Bundesverfassung aufgenommen wurde, zu verneinen.³ Hingegen ist nicht zu übersehen,

¹BGE 62 II 100
BGE 87 II 31

²Saladin, 264f.

³Nef, SJK, Karte 616, 4f.
Schürmann, 15
Fleiner/Giacometti, 282

dass eine zumindest mittelbare Drittwirkung von der HGF ausgeht, indem nämlich das Privatrecht, welches die Beziehungen der Wirtschaftssubjekte untereinander regelt, von den gleichen Prinzipien auszugehen hat, welche auch in der HGF enthalten sind.¹

C. Abweichungen vom Grundsatz der HGF

1. Allgemeines

Wie jedes andere in der BV garantierte Freiheitsrecht kann auch die HGF nicht uneingeschränkte, absolute Geltung haben. Damit jeder Einzelne in den Genuss eines möglichst grossen Freiheitsraumes kommt, ist eine Rahmenordnung nötig. Diese Ordnung hat der Staat aufzustellen, wobei er nötigenfalls im öffentlichen Interesse die HGF einschränken kann.²

¹Saladin, 265
Huber, Grundrechte, 182f.
vgl. weiter unten, 133ff.

²U. Frey, 6
Christen, Wirtschaftsverfassung, 23f
Spahn, 16, wo von dem Freiheitsrecht "immanenten Schranken" gesprochen wird.

So erklärt denn auch das Bundesgericht, die Freiheitsrechte könnten nur im Rahmen der allgemeinen Ordnung ausgeübt werden; die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung wiederum ist elementare Aufgabe der staatlichen Behörden, weshalb die Freiheitsrechte durch den Einzelnen nur innerhalb dieser öffentlichen Ordnung ausgeübt werden können.¹ Im folgenden sollen nun die verschiedenen Beschränkungen der HGF näher umschrieben werden. Dabei lassen sich vier Kategorien von Beeinträchtigungen unterscheiden:

- der Vorbehalt der Rechtsordnung
- die Ausnahme von der HGF
- die eigentliche Einschränkung der HGF
- die fiskalischen Beschränkungen

2. Der Vorbehalt der Rechtsordnung

Dieser Vorbehalt bedeutet, dass sich nicht auf die HGF berufen kann, wer durch staatliche Einschränkungen nicht eigentlich in seiner Erwerbstätigkeit tangiert wird. Die HGF ist somit nicht verletzt, wenn sich ein staatliches Gebot oder Verbot an alle Rechtssubjekte (und nicht nur an die Erwerbstäti-

¹ BGE 67 I 76
BGE 63 I 222

gen) richtet.¹ So haben sich auch die Gewerbebetreibenden etwa an ein allgemeines Fahrverbot zu halten, auch wenn dadurch das Gewerbe verunmöglicht werden sollte.² Gleichermassen schützt die HGF den Erwerbstätigen auch nicht vor einer allgemeinen Steuer.³ Gerade diese Beispiele machen deutlich, welch einschneidende Konsequenzen Bestimmungen, welche sich an alle Rechtsgenossen gleichermassen richten, für bestimmte Gewerbe haben können (man denke etwa an Transport-, Taxi- oder Baugewerbe, für welche ein allgemeines Fahrverbot einem praktischen Gewerbeverbot gleichkäme). Daraus wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber auch in der allgemeinen Rechtsordnung der HGF Rechnung tragen muss und das Freiheitsrecht nur einschränken darf, wenn es unbedingt nötig ist.⁴

¹Nef, SJK, Karte 616, 7

²BGE 46 I 291
ZBl 55, 211
ZBl 65, 276
ZBl 61, 83

³BGE 73 I 59
BGE 99 Ia 647

⁴Christen, Wirtschaftsverfassung, 264
H. Marti, 135 N. 243

3. Von der HGF ausgenommene Gebiete

a) Allgemeines

Bereits in der neueingeführten Bundesverfassung von 1874 waren Ausnahmen vom Grundsatz der HGF vorgesehen, es gab also Bereiche wirtschaftlicher Tätigkeit, die durch die HGF nicht geschützt wurden. So blieb bereits in Art. 31 der Bundesverfassung von 1874, in welchem der Grundsatz der HGF festgelegt worden war, den Kantonen das Salz- und dem Bund das Kupferregal vorbehalten.¹ Dadurch wurde in diesen beiden wirtschaftlichen Bereichen den Kantonen bzw. dem Bund ein Alleinrecht eingeräumt, d.h. sie wurden für zuständig erklärt, eine Erwerbstätigkeit unter Ausschluss jeglicher Konkurrenz selbst auszuüben oder die Ausübung einem Dritten zu verleihen. Im modernen Staat des 19. Jahrhunderts gab man den historischen Begriff des "Regals" auf und nannte diesen ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Staates auf einem bestimmten wirtschaftlichen Gebiet ein "staatliches Monopol".²

¹Art. 31 lit. a BV (Fassung von 1874)

²Spahn, 33f, wo dargelegt wird, dass der Monopolbegriff als Spezialfall aus dem Begriff des kantonalen Gewerbeerregals entstanden ist.

Im Bereiche einer vom Gemeindewesen monopolisierten Tätigkeit ist der Staat nicht an die HGF gebunden.¹ Die Privaten sind von Gesetzes wegen von der Betätigung in diesem Bereiche ausgeschlossen.² Heute wird zwischen zwei Kategorien von Monopolen, nämlich zwischen dem unmittelbar rechtlichen und dem mittelbar rechtlichen oder faktischen Monopol unterschieden.³ Das unmittelbar rechtliche Monopol beruht auf einem Rechtssatz, der eigens für den konkreten Fall geschaffen wurde und der den Staat unmittelbar berechtigt, für eine bestimmte Tätigkeit ein Monopol zu beanspruchen. Beim mittelbar rechtlichen oder faktischen Monopol dagegen begründet der Rechtssatz selbst kein Monopol, vielmehr führt erst dessen Anwendung zu einem solchen. Dies ist dann der Fall, wenn den Privaten die Benützung einer staatlichen Anstalt zwingend vorgeschrieben wird oder wenn der Staat auf Grund seiner Hoheit über die öffentlichen Sachen die Privaten von der Sondernutzung an denselben ausschliesst.⁴ Eine andere Einteilung der Mono-

¹BGE 91 I 186f.

²U. Frey, 21, sowie dort zit. lit.

³U. Frey, 21

⁴U. Frey, 31

pole nimmt Spahn vor, der zu den mittelbar rechtlichen Monopolen nur denjenigen Fall zählt, in welchem für den Privaten die Benützung einer öffentlichen Anstalt vorgeschrieben wird. Als faktische Monopole betrachtet er hingegen nur Monopole, welche aus der Verweigerung der Sondernutzung an einer öffentlichen Sache entstehen.¹ Für diese Arbeit bleibt die unterschiedliche Einteilung jedoch ohne Bedeutung, weshalb nicht weiter darauf eingetreten werden muss.

b) Monopole des Bundes

Da gemäss Art. 3 BV der Bund nur diejenigen Aufgaben zu erfüllen hat, welche ihm die BV - stillschweigend oder ausdrücklich - zuteilt, gehören sämtliche Bundesmonopole zwingend zur Kategorie der unmittelbar rechtlichen. Die BV sieht folgende Bundesmonopole vor:

- Schifffahrt (Art. 24^{ter} BV)
- Atomenergie (Art. 24^{quinquies} BV)
- Eisenbahnen (Art. 26 BV)
- Rohrleitungen (Art. 26^{bis} BV)
- Alkoholmonopol (Art. 32^{bis} BV)

¹Spahn, 62

- Sozialversicherungen (Art. 34^{bis}, 34^{quater}, 34^{quinquies} BV)
- Post, Telegraf, Telefon (Art. 36 BV), wozu auch die technische Seite von Radio und Fernsehen gehört.
- Luftverkehr (Art. 37^{ter} BV)
- Münzregal (Art. 38 BV)
- Banknotenmonopol (Art. 39 BV)
- Pulverregal (Art. 41 BV)

c) Monopole der Kantone

Wie bereits festgestellt, war den Kantonen gemäss der Bundesverfassung von 1874 ausdrücklich das Salzregal vorbehalten. Bei der Revision der Verfassungsartikel über die HGF im Jahre 1947 beschränkte man sich nicht mehr auf die Erwähnung eines oder mehrerer konkreter Vorbehalte; statt dessen errichtete man ganz generell einen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Regale.¹ Daraus geht eindeutig hervor, dass den Kantonen sicherlich ihre bisherigen Regale (Salz-, Jagd-, Fischerei-, Berg-, Wasserkraftregale, Schulmonopol, Brandversicherungsmonopol) weiterhin zugestanden werden sollten.² Hingegen

¹Art. 31 Abs. 2, 1. Satz BV

²Zürcher, 14

gibt der Wortlaut der Verfassungsbestimmung keine konkrete Antwort auf die Frage, ob der Vorbehalt sich auch auf die Neuerrichtung kantonaler Monopole bezieht. Entsprechend ist denn auch die Meinung in der Lehre bezüglich der Zulässigkeit neuer kantonaler Monopole geteilt. Fleiner/Giacometti sehen im Vorbehalt einen sehr weitgehenden Freipass für die Kantone zur Errichtung neuer Monopole.¹ Auch Burckhardt gesteht den Kantonen auf Grund des Vorbehaltes in Art. 31 BV die Möglichkeit zu, neue Monopolisierungen vorzunehmen; allerdings schränkt er die kantonale Kompetenz insoweit ein, als neue Monopole seiner Ansicht nach nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und bei Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage geschaffen werden können.² Die gleiche Meinung vertritt Nef, der die Kantone für befugt hält, im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt auch in Zukunft weitere Verstaatlichungen auf wirtschaftlichem Gebiet vorzunehmen.³ Demgegenüber ist Aubert zwar ebenso der Meinung, neue kantonale Monopole seien aus polizeilichen Motiven zulässig,

¹Fleiner/Giacometti, 301f.

²Burckhardt, 228ff.

³Nef, SJK, Karte 617, 2

hingegen hält er neue Monopole aus Gründen des öffentlichen Wohls nur für verfassungsmässig, sofern die legitimen öffentlichen Bedürfnisse nicht gleichermassen auch von Privaten befriedigt werden können.¹ In ähnlichem Sinne hält auch Saladin neue kantonale Monopolisierungen aus polizeilichen Motiven für statthaft, dies jedoch nur, wenn den Grundprinzipien von Subsidiarität und Verhältnismässigkeit Genüge getan ist.² Das Bundesgericht hat wiederholt neue kantonale Monopole als verfassungskonform erklärt.³ In einem kürzlich ergangenen Entscheid stellte das Gericht denn auch fest, die Errichtung eines kantonalen Monopols zugunsten einer öffentlichen Versicherungskasse im Falle der obligatorischen Unfallversicherung liege im öffentlichen Interesse und sei somit zulässig.⁴ Aus den Materialien zum in Frage stehenden Verfassungsartikel geht hervor, dass es Meinung des Verfassungsgebers war, den Kantonen neben den bestehenden Regalen auch die Schaf-

¹Aubert, 695 N. 1953, 696 N. 1955

²Saladin, Grundrechte, 257

³BGE 88 I 64

⁴BGE 101 Ia 127

fung neuer zu gewährleisten.¹ Zieht man zudem die föderalistische Struktur unseres Bundesstaates in Betracht, ist davon auszugehen, dass den Kantonen ganz generell die Errichtung neuer Monopole erlaubt ist.² Immerhin muss bei neuen kantonalen Monopolen verlangt werden, dass eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, die Errichtung nur aus polizeilichen Gründen oder solchen des öffentlichen Wohls erfolgt und zudem die Prinzipien von Subsidiarität und Verhältnismässigkeit betrachtet werden.

d) Öffentliche Aemter

Aehnlich gelagert sind die Fälle, in denen ein Kanton eine bisher private Tätigkeit zu einem öffentlichen Amt oder öffentlichen Dienst erklärt. Das Bundesgericht hat seit jeher die Umwandlung eines privaten Berufes in ein öffentliches Amt aus polizeilichen Gründen für zulässig erachtet.³ Wie bei Errichtung neuer Monopole muss aber auch hier für die Zulässigkeit unabdingbare Voraus-

¹ Sten.Bull. NR 1945, 517

² a.M. Spahn, 117, der die Kantone nur zur Einführung neuer Regalien berechtigt hält.

³ BGE 38 I 45ff.
BGE 73 I 372

setzung sein, dass eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist und die Prinzipien von Subsidiarität und Verhältnismässigkeit gewahrt werden.¹

4. Eigentliche Einschränkungen der HGF

Auch in Gebieten, wo eigentlich der Grundsatz der HGF Geltung hat, gibt es Fälle, wo der Staat in die Eigenständigkeit der Privatwirtschaft eingreift. Je nach Art des Eingriffs werden dabei diese Massnahmen eingeteilt in solche, die der HGF zuwiderlaufen und in solche, welche den Grundsatz der HGF an sich nicht verletzen.

a) Massnahmen im Rahmen der HGF

Gemäss Art. 31^{bis} Abs. 2 BV ist der Bund befugt, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft Massnahmen zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe zu treffen; dabei ist er jedoch an den Grundsatz der HGF gebunden. Indem der Staat die Befugnis erhält, lenkend in den Ablauf der Privatwirtschaft einzugreifen, betätigt er sich

¹Saladin, 260

wirtschaftspolitisch. Massnahmen nach Art. 31^{bis} Abs. 2 BV werden als wirtschaftspolitisch im weiteren Sinne bezeichnet.¹

Als solche Förderungsmassnahme können staatliche Subventionen, Risikoübernahmen durch den Staat sowie Werbeaktionen für bestimmte Wirtschaftszweige oder Berufe im In- und Ausland in Frage kommen.² Immerhin darf gemäss ausdrücklichem Wortlaut des massgeblichen Verfassungsartikels durch solche Förderungsmassnahmen kein anderer Wirtschaftszweig in Mitleidenschaft gezogen werden, da damit auch die schweizerische Gesamtwirtschaft beeinträchtigt würde.³ Dabei stellt sich jedoch sogleich die Frage, ob wirtschaftspolitische Massnahmen dieser Art tatsächlich ein bestimmtes Gewerbe zu fördern vermögen, ohne gleichzeitig einen anderen Wirtschaftszweig zu benachteiligen. So stellt Nef u.E. zutreffend fest, dass auch die blosser Gewährung von Subventionen zwingendermassen auch eine Lenkung der Wirtschaft bedeute, da die

¹ Nef, SJK, Karte 620, 1f.
Ueber wirtschaftspolitische Massnahmen im engeren Sinne vgl. Abschnitt b) nachfolgend.

² Nef, SJK, Karte 620, 4
Sten.Bull. NR 1938 351
Sten.Bull. NR 1945 519

³ Nef, SJK, Karte 620, 4

für die Subvention benötigten finanziellen Mittel allen anderen nicht berücksichtigten Berufszweigen^v verloren gehen.¹

Nach herrschender Auffassung der Doktrin lässt sich hingegen aus Art. 31^{bis} Abs. 1 BV keine Kompetenz des Bundes zu wirtschaftspolitischen Massnahmen ableiten; dieser Artikel hat lediglich den Sinn einer Richtlinie, an welche sich der Gesetzgeber bei der Legiferierung auf Grund seiner Kompetenz gemäss Art. 31^{bis} Abs. 2 und 3 BV zu halten hat.² Neben dem Bund können auch die Kantone gestützt auf Art. 31^{bis} Abs. 2 BV einzelne Wirtschaftsbereiche fördern, dies allerdings nur insoweit, als die Massnahmen des Bundes dazu noch Raum lassen.³

Gestützt auf Art. 31^{quater} BV ist der Bund befugt, speziell über das Bankenwesen Bestimmungen aufzustellen; aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels ergibt sich, dass darunter auch wirtschaftspoliti-

¹ Nef, Aufzeichnung der Vorlesung "Schweiz. Bundesstaatsrecht" Universität Zürich, 1968, 91
Wyss, 10

² Nef, SJK, Karte 620, 2
Fleiner/Giacometti, 294
Schürmann, Tragweite, 37
Sten.Bull. NR 1946, 50, 53

³ Nef, SJK, Karte 620, 4

sche Massnahmen zu verstehen sind, die jedoch den Grundsatz der HGF nicht verletzen dürfen.¹

Neben wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffen steht dem Bund zudem die Kompetenz zu, aus kulturpolitischen Gründen die einheimische Filmproduktion und filmkulturelle Bestrebungen zu fördern, wobei er auch hier ausdrücklich den Grundsatz der HGF zu beachten hat.² Schliesslich sind auch die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aus sozialpolitischen Gründen zu erwähnen, wobei auch hier die herrschende Meinung davon ausgeht, dass der Bund bei solchen Eingriffen an die HGF gebunden ist.³

b) Von der HGF abweichende Massnahmen

Spätestens seit der Wirtschaftskrise in der letzten Zwischenkriegszeit besteht überall die Einsicht, dass der Staat neben einer blossen Förderung im Bedarfsfalle auch die Kompetenz zu Massnahmen haben muss, mit wel-

¹ Sten.Bull. NR 1945, 569ff., 587ff.

² Art. 27^{ter} Abs. 1 lit. a BV

³ Art. 34ff. BV
Christen, Wirtschaftsverfassung, 302f.
U. Frey, 24

chen er lenkend in den Wirtschaftsablauf eingreifen kann, wenn er seine Aufgabe, die gesamtwirtschaftlichen Dauerinteressen im Auge zu behalten, erfüllen will. Bei diesen Vorkehren, mit Hilfe derer der Staat das wirtschaftliche Geschehen zu beeinflussen versucht, kann er auch vom Prinzip der HGF abweichen.¹

Zu solchen, von der HGF abweichenden Massnahmen ist der Bund gemäss geltendem Recht in bestimmten Fällen berechtigt. Diese Fälle sind jedoch in der BV abschliessend aufgezählt und dürfen nicht durch Auslegung auf analoge Sachverhalte ausgedehnt werden.²

Wie bei den blossen Förderungsmassnahmen stellt die BV dem Gesetzgeber auch bei den von der HGF abweichenden Massnahmen verschieden motivierte Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung. Am bedeutungsvollsten sind die Abweichungen von der HGF, welche die BV aus wirtschaftspolitischen Gründen vor-

¹Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 98

²Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 98

Nef, SJK, Karte 620, 5

Diese beiden Autoren gehen von der limitativen Ennumeration der gestatteten, von der HGF abweichenden Massnahmen aus.

Sten.Bull. NR 1938, 356

Sten.Bull. NR 1945, 443

Sten.Bull. StP 1945, 278

sieht. Die diesbezüglich umfangreichsten Kompetenzen finden sich in Art. 31^{bis} Abs. 3 BV. Nach diesem Artikel kann der Bund nötigenfalls in Abweichung der HGF Vorschriften erlassen, "zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe sowie zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen",¹ "zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft, sowie zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes",² "zum Schutze wirtschaftlich bedrohter Landesteile",³ "gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen",⁴ sowie über "vorsorgliche Massnahmen für Kriegszeiten".⁵

Neben dieser Bestimmung sieht die BV noch weitere Fälle vor, in denen der Bund aus wirtschaftspolitischen Gründen nicht an die HGF gebunden ist.⁶

¹ Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a BV

² Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. b BV

³ Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. c BV

⁴ Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV

⁵ Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. e BV

⁶ Art. 23^{bis} Abs. 3 BV

Art. 28, 29 BV

Aus konjunkturpolitischen Gründen erlaubt seit 1978 der neue Art. 31^{quinquies} BV dem Bund, im "Interesse einer ausgeglichenen konjunkturellen Entwicklung auf den Gebieten des Geld- und Kreditwesens" nötigenfalls von der HGF abzuweichen.¹

Gemäss Art. 27^{ter} Abs. 1 lit. b BV kann der Bund im weiteren aus kultur- oder staatspolitischen Gründen Bestimmungen über gewisse Gebiete des Filmwesens aufstellen, wobei er auch hier nötigenfalls nicht an die HGF gebunden ist. Schliesslich kann der Bund aus sozialpolitischen Gründen lenkend in den Verbrauch von Trinkbranntwein eingreifen und damit dessen Einfuhr und Herstellung verhindern.²

Voraussetzung für derartige, der HGF zuwiderlaufende Massnahmen ist das Vorhandensein eines Gesamtinteresses, welches die Eingriffe rechtfertigt; weiter kommen die in Frage stehenden Massnahmen nur zur Anwendung, wenn weniger einschneidende Eingriffe nicht den gleichen, erwünschten Zweck herbeizuführen

¹AS 1978, 485

²Art. 32^{bis} Abs. 2 BV

vermögen.¹ Auch haben solche Massnahmen die Rechtsgenossen gleich zu behandeln.² Obwohl diese allgemeinen Voraussetzungen nur in Art. 31^{bis} Abs. 3 BV ausdrücklich Erwähnung finden, haben sie für sämtliche Massnahmen, welche die HGF verletzen, Geltung.³ Alle Eingriffe dieser Art bedürfen schliesslich einer gesetzlichen Grundlage, wobei die BV ausdrücklich das Bundesgesetz oder den referendumsfähigen Bundesbeschluss als ausreichend erklärt.⁴ Für den Erlass der Massnahmen ist ausschliesslich der Bund zuständig; ist eine gesamtschweizerische Massnahme jedoch nicht angezeigt, so kann der Bund gemäss Art. 31^{ter} Abs. 2 BV seine Kompetenz an die Kantone delegieren.⁵

Ueber die Tragweite dieser in der BV aufgeführten Befugnis, in bestimmten Fällen und bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen von der HGF abzuweichen, sind in der Lehre die

¹ H. Marti, 143 N. 256
Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 99

² H. Marti, 142 N. 255

³ Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 99

⁴ Art. 32 BV

⁵ Für das spezielle Gebiet des Gastwirtschaftsgewerbes können nach Art. 31ter Abs. 1 BV die Kantone Kraft eigenen Rechts Massnahmen in Abweichung der HGF ergreifen.

Meinungen geteilt.¹ Schon das Prinzip der geschlossenen Enumeration der Eingriffe in die HGF legt klar, dass solche Massnahmen die Ausnahme vom Grundsatz der HGF darstellen; dass die Interventionen auch vereinzelte Massnahmen bleiben, garantiert zudem ihre nötige gesetzliche Grundlage in Form eines Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses. Hingegen trifft es zu, dass an das Prinzip der HGF in der heutigen Zeit der starken Verflechtung von Staat und Wirtschaft nicht mehr die Masstäbe des ausgehenden 19. Jahrhunderts gesetzt werden dürfen.²

c) Polizeiliche Einschränkungen der HGF

Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV sind die Kantone und gemäss Art. 31^{bis} Abs. 2 BV der Bund befugt,

¹ Fleiner/Giacometti, 289, 290:
Insbesondere Art. 31bis Abs. 3 lit.a und b wird hier als "Entthronung" der HGF betrachtet, da nach dieser Bestimmung in allen wichtigen Wirtschaftsbereichen von der HGF abgewichen werden kann, wenn der Gesetzgeber dies im gesamten Interesse als nötig erachtet.

a.M. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 99, der gerade in den Erfordernissen des vorhandenen Gesamtinteresses und der Verhältnismässigkeit eine genügende Schranke sieht, um einen all zu häufigen Gebrauch des Interventionsrechtes zu verhindern.

² Saladin, Verfassungsordnung, 10f.

Bestimmungen "über die Ausübung von Handel und Gewerbe" zu erlassen. Dabei darf jedoch der Grundsatz der HGF durch solche Vorschriften nicht beeinträchtigt werden.¹ Im Folgenden ist somit zu untersuchen, welcher Natur solche Vorschriften sind und wann sie berechtigterweise Platz greifen dürfen.

Seit Anbeginn der in der BV verankerten HGF werden unter solchen Bestimmungen Vorschriften verstanden, welche für die Allgemeinheit negative Auswirkungen gewisser privater Erwerbstätigkeiten verhindern sollen. Es handelt sich somit um Vorschriften des Polizeirechtes, durch welche die einzelnen Polizeigüter geschützt werden sollen.² Das hier in Frage stehende Polizeirecht hat wirtschaftliche Tätigkeiten zum Gegenstand, seine Vorschriften können somit lediglich polizeiliche Beschränkungen über die Ausübung bestimmter Gewerbetätigkeiten beinhalten.³ Wir haben es mit einem speziellen Gebiet des allgemeinen Polizeirechts, nämlich

¹ Art. 31 Abs. 2 BV
Art. 31bis Abs. 2 BV

² H. Marti, 85 N. 152
Nef, SJK, Karte 618, 2

³ H. Marti, 85 N. 151
Zürcher, 17

mit dem Gewerbepolizeirecht zu tun.¹ Wer sich durch eine polizeiliche Vorschrift in seiner Erwerbstätigkeit unzulässig eingeschränkt fühlt, kann sich nur auf die HGF berufen, sofern sich dieser Polizeierlass ausschliesslich an den Personenkreis der Gewerbetreibenden richtet; handelt es sich hingegen um eine Bestimmung aus dem allgemeinen Polizeirecht, räumt die HGF dem im privaten Bereich Erwerbstätigen keine Sonderstellung ein.² Ansonsten hat jedoch das Gewerbepolizeirecht die gleichen Aufgaben, wie das allgemeine Polizeirecht zu erfüllen, nämlich, Gefahren, welche von bestimmten Erwerbstätigen herrühren, abzuwehren und damit Störungen der öffentlichen Ordnung zu verhindern.³ Etliche Probleme stellen sich jedoch dann, wenn man versucht, die schützenswerten polizeilichen Güter zu umschreiben. Das Bundesgericht kennt gemäss langjähriger Rechtsprechung die folgenden Güter:

¹Neben dem Ausdruck "Gewerbepolizeirecht" ist auch der gleichbedeutende Ausdruck "Wirtschaftspolizeirecht" gebräuchlich.

²vgl. weiter oben in dieser Abhandlung, 104

³Christen, Wirtschaftsverfassung, 265

- Öffentliche Ordnung und Sicherheit¹
- Öffentliche Ruhe¹
- Gesundheit¹
- Sittlichkeit¹
- Treu und Glauben im Geschäftsverkehr¹

Da jedoch jederzeit mit neu entstehenden Erwerbstätigkeiten auch neue mögliche Gefahren und somit auch neue schützenswert erscheinende Rechtsgüter auftreten können, wird man sich davor hüten müssen, diese Aufzählung als abschliessend zu betrachten.² Hingegen muss das Gewerbepolizeirecht auf blosser Gefahrenabwehr beschränkt bleiben.³ Diese Praxis hat zwar auch das Bundesgericht verfolgt, indem es in konstanter Rechtsprechung nur polizeilich motivierte Beschränkungen als Vorschriften im Sinne von Art. 31 Abs. 2 BV bzw. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV für zulässig erachtete.⁴ Im Laufe der Zeit jedoch hat unser höchstes Gericht den Gehalt des "polizeilichen Motivs" eines Eingriffs

¹ BGE 90 I 323
BGE 96 I 384

² Man denke etwa an die erst in den letzten Jahren als wirklich schützenswert erachtete natürliche Umwelt, in welcher sich der Mensch bewegt.

³ Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 36

⁴ BGE 49 I 91ff.,
BGE 90 I 323

allmählich ausgeweitet, was schliesslich dazu führte, dass vor allem im Bereiche der Sozialgesetzgebung Massnahmen unter dem Deckmantel einer polizeilichen Notwendigkeit getroffen wurden, obwohl sie mehr auf Förderung des Wohlbefindens als auf Abwehr von Gefahren gerichtet waren.¹ Um einer weiteren Verwässerung des Polizeibegriffs in diesem Bereich vorzubeugen, hat das Bundesgericht dann im Entscheid 97 I 499ff. seine bisherige Praxis aufgehoben und erklärt, ausser aus polizeilichen Motiven seien Beschränkungen gemäss Art. 31 Abs. 2 BV bzw. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV ebenfalls aus sozialen oder sozialpolitischen Gründen möglich. Mit dieser Aenderung der Rechtsprechung ist es nunmehr möglich geworden, den Inhalt des Begriffs der polizeilich motivierten Massnahme auf ihren ursprünglichen Gehalt zurückzuführen.

Nie umstritten war indessen die Tatsache, dass solche Massnahmen keinen wirtschaftspolitischen Zweck beinhalten dürfen; letztere Massnahmen sind vielmehr nur auf Grund eines konkreten, in der Verfassung

¹Saladin, Grundrechte, 238, wo diese Ausweitung als "Strapazierung des Polizeibegriffs" bezeichnet wird.

niedergelegten Vorbehaltes zur HGF zulässig.¹ Die Voraussetzungen für wirtschaftliche Massnahmen sind dieselben, die im gesamten Polizeirecht Geltung haben. Soll demnach eine Beschränkung der HGF aus wirtschaftspolizeilichen Motiven zulässig sein, müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- vorhandenes öffentliches Interesse
- gesetzliche Grundlage
- Verhältnismässigkeit und Notwendigkeit
- rechtsgleiche Behandlung

Das öffentliche Interesse ist gegeben, wenn mit den Massnahmen Gefährdungen polizeilicher Güter verhindert werden können.² Daneben müssen die Massnahmen zur Erreichung des polizeilichen Zwecks notwendig sein und zudem sollen Mittel und Zweck in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.³ Dabei

¹ BGE 70 I 147
BGE 84 I 110
BGE 91 I 308
BGE 95 I 334

H. Marti, 88 N. 155, wo immerhin unvermeidliche wirtschaftspolitische Nebenzwecke als zulässig erachtet werden.

BGE 103 Ia 262
BGE 101 Ia 341

² Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 39

³ Oberle, 25

ist der Wert des in Frage stehenden Polizeigutes sowie das Ausmass der Gefahr, welche dem Gut droht, von Bedeutung.¹ Zudem sollen die Gewerbetreibenden durch die Einschränkung gleichermassen betroffen werden. Dieser Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung fliesst nach Praxis des Bundesgerichtes nicht aus Art. 4 BV, sondern er lässt sich bereits aus dem Grundsatz der HGF ableiten.² Diese Herleitung des Erfordernisses der rechtsgleichen Behandlung aus Art. 31 BV stösst in der Lehre berechtigterweise auf Kritik, da ein zweiter, neben BV 4 stehender und speziell auf den Bereich der freien wirtschaftlichen Betätigung zugeschnittener Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung eher verwirrend wirkt als neue Erkenntnisse bringt.³

Einschränkungen, welche aus polizeilichen Gründen erfolgen, dürfen sich nur an denjenigen richten, der mit seiner Tätigkeit die Ursache für den verpönten Erfolg (nämlich Gefährdung oder Beeinträchtigung eines

¹Hotz, 101

²BGE 87 I 448
BGE 97 I 655

³Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 41
Zürcher, 21

polizeilichen Gutes) setzt.¹

Schliesslich gilt auch bei polizeilichen Eingriffen gleich wie bei jedem andern verwaltungsrechtlichen Handel der Grundsatz der Gesetzmässigkeit. Laut Bundesgericht genügt dabei als gesetzliche Grundlage ein Gesetz im materiellen Sinne.² Gemäss Art. 32 kann der Bund jedoch seine Bestimmungen nur in Form von Bundesgesetzen oder referendumspflichtigen, allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen erlassen.³ Nach Praxis des Bundesgerichtes kann sich eine gewerbepolizeiliche Massnahme auch auf die allgemeine Generalklausel stützen, wenn sie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung absolut notwendig ist. Diese Generalklausel darf jedoch stets nur subsidiäre Anwendung finden.⁴ Erfordert der polizeiliche Zweck eine gänzliche Untersagung eines bestimmten

¹ Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 40
Auch das Bundesgericht geht von diesem Störerprinzip aus, wobei es nach neuester Rechtsprechung den Begriff des Störers erweitert hat (BGE 102 Ib 206).

² BGE 98 Ia 400
BGE 102 Ia 114

³ Art. 32 BV

⁴ BGE 100 Ia 146
BGE 83 I 117

Gewerbes, so ist auch dies zulässig.¹

Im Allgemeinen genügen jedoch weit weniger einschneidende Eingriffe, um dem polizeilichen Zweck gerecht zu werden. So kommen etwa regelmässige Kontrollen durch staatliche Behörden², Pflicht zur Bekanntgabe der Verkaufspreise³ sowie Reglementierungen über bestimmte Formen des Verkaufs vor.⁴ Eine überragende Stellung nimmt jedoch die polizeiliche Bewilligungspflicht ein. Mit der Erteilung einer Bewilligung an eine bestimmte Person wird festgestellt, dass im konkreten Fall die aus polizeilichen Gründen an eine Tätigkeit gestellten Anforderungen erfüllt sind.⁵ Da solche Bewilligungen einen schweren Eingriff in die HGF darstellen, sind sie nur dort zulässig, wo aus-

¹H. Marti, 102 N. 173

Falsch BGE 87 I 186: Hier hält das Bundesgericht fest, ein polizeilicher Eingriff dürfe nicht prohibitiv wirken.

Nach Saladin könnte dies allenfalls auf Einschränkungen mit sozialen oder sozialpolitischen Motiven gelten (Saladin, Grundrechte, 245).

²H. Marti, 99 N. 169

³Botschaft des Bundesrates vom 16.11.1977 zur Teilrevision des UWG, BBl 1978, 161f.

⁴Eine grosse Anzahl der AVO-Bestimmungen gehört zu dieser Kategorie.

⁵Fleiner/Giacometti, 305f.

Die Polizeibewilligung verleiht somit kein neues Recht.

schliesslich polizeiliche Zwecke dies auch tatsächlich rechtfertigen. Nef stellt denn auch zutreffend fest, es dürfe die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit nur dann der Bewilligungspflicht unterstellt werden, wenn dieselbe mit einer besonderen Gefahr verbunden sei.¹ Auch die Anforderungen, die an die Erteilung einer solchen Bewilligung gestellt werden, müssen gänzlich durch einen polizeilichen Zweck abgedeckt sein.² Eine derartige polizeiliche Bewilligung ist denn gemäss Art. 4 AVO auch nötig, um eine der Verordnung unterstellte Verkaufsveranstaltung öffentlich ankündigen zu können.³

Wie bereits gesehen sind sowohl die Kantone wie auch der Bund zum Erlass von Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe aus polizeilichen, sozialen sowie sozialpolitischen Gründen zuständig. Dabei haben vom Bund erlassene Vorschriften für das gesamte Gebiet der Eidgenossenschaft Geltung, kantonale Bestimmungen entsprechend für das jeweilige Kantonsgebiet. Ausschlaggebend für den

1

Nef, SJK, Karte 618, 10
BGE 96 I 138
BGE 93 I 513
BGE 91 I 462

2

H. Marti, 100 N. 170

3

Ueber die Zulässigkeit dieser Bewilligungspflicht
im einzelnen weiter unten, 199ff.

Geltungsbereich ist dabei der Ort, an welchem sich das geschützte Rechtsgut befindet. Damit ist jede Tätigkeit, die Bundes- oder Kantonsgebiet berührt, den dort in Kraft stehenden Vorschriften unterworfen.¹ Insbesondere bei Tätigkeiten, welche sich über mehrere Kantone erstrecken, können somit erhebliche Schwierigkeiten eintreten, da gemäss dem beschriebenen Grundsatz die allenfalls unterschiedlichen Vorschriften jedes einzelnen, von der Tätigkeit betroffenen Kantons beachtet werden müssen. So müsste ein Gewerbetreibender auch im Besitze der verschiedenen, allenfalls für seine Tätigkeit nötigen Bewilligungen sein.² Nach Praxis des Bundesgerichtes gelten daher die kantonalen Bestimmungen nur für diejenigen Tätigkeiten, welche ein Kantonsgebiet in "erheblicher Weise" berühren.³ Aus diesem Grunde gestattete das Bundesgericht bereits vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen AVO das öffentliche Ankündigen eines in einem Kanton bewilligten Ausverkaufs auch in andern Kantonen, ohne

¹H. Marti, 95 N. 166
BGE 71 I 253ff.

²H. Marti, 95 N. 166

³BGE 53 I 210
BGE 65 I 87

dass dabei auch für letztere eine besondere Bewilligung nötig war.¹

5. Die kantonalen Gewerbesteuern

Laut Art. 31 Abs. 2 BV haben die Kantone schliesslich das Recht, Bestimmungen über die Besteuerung von Handel und Gewerbe zu erlassen; auch in diesem Bereich dürfen sie jedoch den Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigen.² Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung sind die Kantone befugt, einzelne Gewerbe einer speziellen Steuer zu unterwerfen. Dabei muss es sich jedoch um eine eigentliche Steuer und nicht um andere Arten staatlicher Abgaben handeln; gemeint sind auch nicht allgemeine Steuern, die nicht nur von bestimmten Gewerbetreibenden, sondern von einem weiteren Personenkreis verlangt werden.³ Den Grundsatz der HGF verletzen solche kantonalen Steuern nicht, wenn sie Gewerbegegnossen rechtsgleich behandeln⁴, sich auf die Ausübung des entsprechenden Gewerbes

¹BGE 52 I 310

²Art. 31 Abs. 2 BV

³BGE 99 Ia 647

⁴BGE 90 I 162

nicht prohibitiv auswirken¹ sowie nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind.²

Das Bundesgericht erklärte bereits unter der Herrschaft des früheren Art. 31 lit. e BV, welcher analog dem jetzt geltenden Art. 31 Abs. 2 BV den Kantonen das Recht zur Besteuerung von Handel und Gewerbe gab, die Erhebung von speziellen Abgaben für die Durchführung von Ausverkäufen als zulässig.³ Es wird weiter unten näher zu untersuchen sein, inwieweit dieses Recht zur Besteuerung der Ausverkäufe, welches den Kantonen heute ausdrücklich zugestanden wird,⁴ mit dem Grundsatz der HGF in Einklang steht.

D. Die Handels- und Gewerbefreiheit und das Privatrecht

Damit in der Praxis die in der HGF gewährleistete privatautonome Gestaltung der Wirtschaftsordnung durchgeführt werden kann, müssen den Wirtschaftssubjekten die nötigen rechtlichen Instrumentarien zur Verfügung gestellt werden. Im Bereiche der HGF

¹BGE 87 I 30ff.

²Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 32

³BGE 54 I 12

⁴Art. 25 Abs. 2 AVO

kommt diese Aufgabe dem Privatrecht zu. Da die Betätigung im Rahmen der HGF am häufigsten durch den Abschluss von Rechtsgeschäften geschieht, hat der Privatrechtgeber eine Regelung über dieselben zur Verfügung zu stellen. Das Privatrecht wird demzufolge etwa als notwendige Ergänzung der HGF bezeichnet, ohne welche dieselbe sinnlos erscheinen würde.¹ Da das Privatrecht gestützt auf Art. 64 BV auf Gesetzesstufe vom Bund erlassen wird, hat es sich an den in der Verfassung vorgegebenen Grundsätzen zu orientieren.² M.a.W. muss das Privatrecht im Bereiche der HGF dergestalt ausgebildet sein, dass der Einzelne seine Rechtsgeschäfte bezüglich Inhalt und Partner beliebig abschliessen kann; dies wird vorab mit einer umfassenden Vertragsfreiheit gewährleistet.³ Soll nun das Privatrecht der HGF entsprechen, darf die Vertragsfreiheit nur beschränkt werden, wenn eine solche Schranke in der BV ausdrücklich vorgesehen ist; andernfalls ist die Einschränkung

¹Flüeler, 47

²Homburger, 1ff.

³Ueber die genaue Definition des Begriffs der "Vertragsfreiheit" vgl. Bindschedler, 292ff.

HGF-widrig.¹ Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Privatrecht die verfassungsmässig garantierte HGF nicht beeinträchtigen darf;² im Gegenteil kann das Privatrecht als im Dienste der HGF stehend betrachtet werden.

E. Die Handels- und Gewerbefreiheit
und das Wettbewerbsrecht

1. Allgemeines

Das System des freien Wettbewerbs ist zwar nicht "ausschliessliches, aber doch dominantes Lenkprinzip in unserer Wirtschaftsordnung".³ Wie bereits weiter oben dargetan, vermag sich die freie Konkurrenz als Koordinationssystem des Wirtschaftsablaufes nicht selbst zu erhalten.⁴ Wo somit freie Konkurrenz herrscht, sind zur Erhaltung dieses Systems bestimmte grundsätzliche Regeln aufzustellen, an welche die ein-

¹ H. Marti, 63 N. 118

Die Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen lässt sich jedoch nicht durchführen, da Art. 113 Ziff. 3 Abs. 3 BV dies verhindert. Saladin, Grundrechte, 272, welcher die Vertragsfreiheit als in der HGF mitgarantiert betrachtet.

² Es kann soweit u.E. auch nicht von einer Beschränkung der HGF durch das Privatrecht gesprochen werden, wie das etwa Flüeler annimmt (Flüeler, 47).

³ Jetzer, 141

⁴ Homburger 17ff.

zeln Wettbewerber sich zu halten haben, Normen dieser Natur bilden den Inhalt des Wettbewerbsrechtes. Nach einem kurzen Ueberblick über dieses Rechtsgebiet soll auch dessen Verhältnis zur HGF beleuchtet werden.

2. Aufgaben des Wettbewerbsrechtes

Nach heutiger Auffassung obliegen dem Wettbewerbsrecht zwei Hauptaufgaben, nämlich die Sicherung und Ermöglichung des freien Wettbewerbs einerseits und die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs andererseits.¹ Entsprechend diesen beiden wichtigsten Funktionen können zwei Rechtsbereiche unterschieden werden.

a) Kartell- und Monopolrecht

Diese Regeln dienen der Bereitstellung und Sicherung des freien Wettbewerbs. Es wird festgelegt, in welchem Umfang der Wettbewerb überhaupt stattfinden soll. Da die Existenz eines Wettbewerbes Voraussetzung für jede Regelung der Art und Weise desselben ist, kann die Regelung über die Lauterkeit nicht ohne gleichzeitige Gewähr-

¹ Baumbach/Hefermehl, 76 N. 76

leistung des Wettbewerbs sinnvoll sein.¹ Um-
somehr erstaunt deshalb die Tatsache, dass
ein ausdrücklicher rechtlicher Schutz des
Wettbewerbs erst in letzter Zeit als nötig
empfunden und früher ausschliesslich Lauter-
keitsregeln aufgestellt wurden. Schluep
sieht die Ursache dieser an sich unlogi-
schen Entwicklung vorab in einem von fal-
schen Voraussetzungen ausgehenden, ver-
zerrten Bild des "homo oeconomicus", der
selbst für die Erhaltung der freien Kon-
kurrenz besorgt ist.² In der Schweiz ver-
folgt seit dem Jahre 1960 das Kartellge-
setz den eben beschriebenen Zweck der
Konkurrenzerhaltung.³

b) Das Recht betreffend den unlauteren
Wettbewerb

Mit Normen dieses Rechtsbereiches soll fest-
gelegt werden, welche Formen des Wettbe-
werbs zulässig sind.⁴ Dieser Teil des Wett-
bewerbsrechtes dient somit dem Schutze des
Wettbewerbs vor Missbräuchen. Treffend führen

¹Schluep, Wirtschaftsrecht, 71

²Schluep, Wirtschaftsrecht, 75ff.

³SR 251

⁴Castelberg von, 74

Baumbach/Hefermehl dazu aus, es "solle keinen schrankenlosen Wettbewerb mit allen Kampfmitteln geben".¹ Vielmehr müssen gewisse Verhaltensregeln von allen am Wettbewerb Beteiligten eingehalten werden. Gleich einem sportlichen Wettkampf braucht auch der wirtschaftliche Wettbewerb gewisse Regeln, ohne die ein freier Konkurrenzkampf nicht stattfinden kann.²

3. Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

Am 1. März 1945 trat in der Schweiz das erste Spezialgesetz zur Bekämpfung der Auswüchse im wirtschaftlichen Wettbewerb in Kraft, nämlich das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (UWG).³

a) Das Schutzobjekt

Im Gegensatz zu den früheren rechtlichen Grundlagen in aOR Art. 48 und Art. 50, wo der unlautere Wettbewerb als zivilrechtliches De-

¹Baumbach/Hefermehl, 76 N. 76

²Jetzer, 142

³Sprüngli, 82

likt und ausschliesslich als Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit betrachtet wurde, schuf das UWG ein erweitertes Schutzobjekt,¹ Neben den wirtschaftlichen Interessen der einzelnen am Markt beteiligten Personen schützt das Gesetz auch die Interessen der Allgemeinheit an der laute- ren Führung des Wettbewerbs.² Dies bedeutet, dass das UWG nicht bloss Eingriffe in subjektive Rechte verhindern, sondern ganz allgemein fremde Interessen an regel- konform geführtem Wettbewerb schützen soll.³ Diese Erweiterung des Schutzobjektes zeigt sich deutlich in den Rechtsbehelfen, wel- che das UWG den verschiedenen am Markt be- teiligten Personen zur Verfügung stellt. So sind neben den Mitkonkurrenten auch die Kunden und in einem zwar etwas eingeschränk- ten Umfange auch die Berufs- und Wirtschafts- verbände zur Klageerhebung befugt.⁴

¹AS 61, 1ff.

²Büren von, 6 N. 11

³Jetzer, 143

Baumbach/Hefermehl, 77 N. 79, welche deshalb von einer sozialen Funktion des UWG sprechen.

⁴Art. 2 Abs. 3 UWG

b) Art der Rechtsbehelfe

Das UWG stellt zur Aufrechterhaltung des lautereren Wettbewerbs sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Mittel zur Verfügung. Das Hauptgewicht liegt allerdings eindeutig auf der zivilrechtlichen Seite.¹ Neben der Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklage, welche bei unlauteren Handlungen ohne Verschulden zulässig sind, stehen im weiteren die Klage auf Schadensersatz sowie Genugtuung zur Verfügung.² Daneben kennt das UWG auch die vorsorglichen Massnahmen.³ Ein strafrechtliches Vorgehen ist in einer abschliessend aufgezählten Reihe von Fällen möglich, wobei auch der Geschäftsherr sowie die Organe einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft zur Rechenschaft gezogen werden können.⁴ Obwohl auch öffentliche Interessen durch das UWG geschützt werden, obliegt es nach wie vor dem Einzelnen, einen entsprechenden Anspruch geltend zu machen. Es braucht daher stets den Antrag einer berechtigten Person, um staatliche Interventionen herbeizuführen.⁵

¹BGE 102 IV 152

²Art. 2ff. UWG

³Art. 9ff. UWG

⁴Art. 13ff. UWG

⁵Art. 9, 13 UWG

c) Der unlautere Wettbewerb

In Art. 1 Abs. 1 UWG wird folgendes festgehalten:

"Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen."

Der Gesetzgeber wählte die Form der Generalklausel und liess es an einem genauen Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs fehlen. Daran ändern auch die in Art. 1 Abs. 2 UWG als Beispiele aufgeführten einzelnen Fälle von möglichem unlauterem Wettbewerb nichts. Nach der Generalklausel liegt eine unlautere Handlung vor, wenn das jedem zustehende Recht auf wirtschaftlichen Wettbewerb missbraucht wird. Dies ist dann der Fall, wenn mit Mitteln gearbeitet wird, welche gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Keine Definitionsschwierigkeiten bietet das Erfordernis, nach welchem die unlautere Handlung im wirtschaftlichen Wettbewerb vorgenommen werden muss. Das Bundesgericht nimmt wirtschaftlichen Wettbewerb stets dann an, "wenn zwei oder mehrere Personen, die eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausüben, innerhalb dieser Betätigung

zueinander in Wettbewerb treten".¹ Dabei muss sich ihr Angebot von Waren oder Leistungen mittelbar oder unmittelbar an den gleichen Abnehmerkreis wenden. Gleichermaßen unproblematisch ist das weitere Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Handlung, auf welches hier nicht näher einzutreten ist.

Schwieriger ist jedoch die Erfassung derjenigen Handlungen, mit welchen gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben verstossen wird. Dieser objektive Grundsatz wird etwa dann als verletzt betrachtet, wenn ein Wettbewerber seine Stellung nicht seiner eigenen Leistung verdankt, m.a.W. eben unlauteren Nichtleistungswettbewerb betreibt.² Dieser Umschreibung des unlauteren Wettbewerbs stehen jedoch berechtigte Bedenken gegenüber, da sich der Begriff der Leistung nur schwer definieren lässt. Zudem liegt dieser Umschreibung ein weiterer schwacher Punkt zugrunde, indem man nämlich davon ausgeht, dass der Konsument in der Lage ist, die

¹BGE 98 IV 229

²Botschaft II, 665ff.
Büren von, 12 N. 22, 23, 24
Castelberg, 103
BGE 72 II 394

beste Leistung mit entsprechendem Kauf zu honorieren.¹ Trotz dieser Bedenken ist u.E. das Leistungsprinzip als Unterscheidungskriterium zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb nicht gänzlich abzulehnen. Das Prinzip, dass ein wirtschaftlicher Vorteil auf eigener Leistung² basieren soll, vermag nämlich einen durchaus brauchbaren Wertmasstab abzugeben.³

Allgemein gibt der Grundsatz von Treu und Glauben eine objektive Richtlinie ab, gegen welche auch ohne Verschulden verstossen werden kann.⁴ Wenn auch die Maßstäbe, welche an Treu und Glauben zu legen sind, den in einer bestimmten Branche üblichen Anschauungen entnommen werden können, gilt der Grundsatz auch dort, wo Verkehrssitte und Moral nicht mehr nach Treu und Glauben ausgerichtet sind.⁵

¹Pedretti, 35
Matter, 466

²Leistung in umfassendem Sinne verstanden (vgl. Büren von, 11 N. 22)

³Büren von, 12 N. 24

⁴Wydler, 6

⁵Germann, Wettbewerbsrecht, 57

Abschliessend kann festgehalten werden, dass unlauter handelt, wer sich nicht an Regeln der Wettbewerbsordnung hält, welche von Treu und Glauben gefordert werden und auf welcher sich jeder verlassen können muss.¹ Andernfalls wird das Recht auf freien Wettbewerb missbraucht. Diese Einsicht macht klar, dass bei Beurteilung der Frage, ob unlauterer Wettbewerb vorliegt, nicht bloss das Mittel allein, sondern auch der damit angestrebte Zweck ausschlaggebend ist.² Im Einzelfall ist es jedoch letztlich Aufgabe des Richters, die von Treu und Glauben geforderten Verhaltensweisen zu ermitteln.

d) Die Regeln des Ausverkaufswesens

Da Verstösse gegen die Lauterkeit bei Ausverkäufen seit jeher eine grosse Bedeutung haben, fügte man dem UWG auch drei Artikel über die Regelung des Ausverkaufs bei.³ Die eigentliche Regelung überliess man jedoch dem Bundesrat, der dann auch die Ausverkaufs-

¹Jetzer, 145

²Büren von, 8 N. 15
BGE 85 II 450

³H. Frey, 14, der feststellt, dass der Ausverkaufsschwindel so alt ist, wie der Ausverkauf selbst.
Art. 17 - 19 UWG

ordnung vom 16.4.1947 (AVO) schuf, welche am 1.1.1948 in Kraft trat.¹ Wie weiter noch darzulegen ist, eignet sich die Ausverkaufsveranstaltung tatsächlich in hohem Masse dazu, gewollt oder ungewollt Ursache zu unlauterem Wettbewerb zu bilden. Eine spezielle Regelung dieser an sich zulässigen Verkaufsform erschien deshalb unter dem Gesichtspunkt des lautereren Wettbewerbs durchaus als wünschenswert.

4. Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts
zur Handels- und Gewerbefreiheit

In dieser Arbeit interessiert vorab derjenige Teil des Wettbewerbsrechts, welcher sich mit dem Lauterkeitsschutz befasst. Wo Wettbewerb herrscht, sorgt das UWG für dessen Lauterkeit. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs ist somit polizeilich motiviert und daher grundsätzlich nicht geeignet, die HGF zu verletzen.² Die Normen, welche die HGF zugunsten des lautereren Wettbewerbs einschränken, werden denn auch von der herrschenden Lehre als wirtschaftspolitisch neutral betrachtet, da sie keine direkte

¹AS 63, 337ff.

²Flüeler, 48, sowie dortige Verweisungen
BGE 75 IV 24

Lenkungsfunktion beinhalten.¹ In neuester Zeit wird jedoch auch der Standpunkt vertreten, das UWG sei funktional anzuwenden, es sei m.a.W. bei der Rechtsanwendung diejenige Lösung zu suchen, welche am ehesten zur Realisierung der konkreten Wirtschaftsverfassung beiträgt.² Damit hat sich der Richter bei Auslegung der Generalklausel an ordnungspolitischen Gesichtspunkten zu orientieren.³ Erst die Zukunft wird zeigen, wie sich diese neue Betrachtungsweise auswirken wird.

¹Jetzer, 142

Baumbach/Hefermehl, 77 N. 79

²Baudenbacher, 147

³Baudenbacher, 158

TEIL II:

AUSVERKAUFSORDNUNG
DES BUNDES

KAPITEL 4:

G E L T U N G S B E R E I C H
D E R V E R O R D N U N G

I. Der Begriff des Ausverkaufs

A. Der wirtschaftliche Begriff

Wie in dieser Abhandlung bereits weiter oben festgestellt worden ist, kann der Kaufmann aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein, seinen normalen Warenabstoß zu beschleunigen.¹ Dabei definieren wir den Ausverkauf als beschleunigten Verkauf, welcher durch verbilligte Warenangebote bei erhöhter Werbetätigkeit während einer bestimmten Zeitdauer erreicht wird. Je nach den Gründen, welche den Veranstalter zu solchen Massnahmen bewegen, haben wir zwischen eigentlichen Ausverkäufen und Sonderverkäufen mit Räumungszweck unterschieden. Wenn gleich es offensichtlich ist, dass diese Definition für die Bestimmung des rechtlichen Ausverkaufsbegriffes zu ungenau ist, gestattet sie uns immerhin die Feststellung, dass der Ausverkauf eine Verkaufsform darstellt, welche aus dem normalen Geschäftsablauf heraustritt, da die hier geltenden Gesichtspunkte

¹ vgl. weiter oben, 61f.

über die Preisbildung zugunsten einer momentanen Absatzbeschleunigung ausser Acht gelassen werden. Neben diesem Merkmal des "Heraustretens" aus dem normalen Geschäftsablauf geht aus der vorliegenden Definition zudem hervor, dass je nach dem Grund der Veranstaltung zwei Hauptarten des Ausverkaufs unterschieden werden. Während nämlich der eigentliche Ausverkauf darauf ausgerichtet ist, die vorhandenen Warenlager möglichst rasch und umfassend zu räumen, geht es bei den Sonderverkäufen in erster Linie um die Belebung eines schwachen Geschäftsganges.

B. Der rechtliche Begriff

Im Gegensatz zu den früheren kantonalen Regelungen des Ausverkaufswesens, welche recht unterschiedliche, weitgefasste Begriffe dieser Veranstaltung kannten, hält die bundesrechtliche Verordnung (AVO) in ihrem Art. 1 Abs. 1 folgenden Begriff fest:

"Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen im Sinne dieser Verordnung sind Veranstaltungen des Detailverkaufes, bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Begünstigungen zukommen werden."

In dieser Definition sind vier Elemente enthalten:

- Veranstaltung des Detailverkaufes
- öffentliche Ankündigung
- in Aussichtstellen einer besonderen Vergünstigung
- vorübergehende Natur dieser Vergünstigung

Gemäss dem erwähnten Artikel der AVO sind dies die Elemente eines "Ausverkaufs" oder einer "ähnlichen Veranstaltung". Somit ist klar, dass die vorhandene Definition ohne grossen Nutzen ist, wenn nicht zugleich auch die beiden Ausdrücke voneinander unterschieden werden. Eine solche Inhaltsbestimmung der beiden Begriffe des Ausverkaufs und der "ähnlichen Veranstaltung" wird in Art. 2 AVO gegeben. Als Ausverkäufe gelten:

- "Totalverkäufe zur Räumung aller Warenbestände¹ wegen vollständiger Geschäftsaufgabe"
- "Teilausverkäufe zur Räumung bestimmter Warenbestände" ²

¹Art. 2 Abs. 1 lit. a AVO

²Art. 2 Abs. 1 lit. b AVO

Als "ähnliche Veranstaltungen" haben zu gelten:

- "alle weiteren Verkaufsveranstaltungen, bei denen die Voraussetzungen von Art. 1 erfüllt sind" ¹

Die "ähnlichen Veranstaltungen" werden auch "Sonderverkäufe" genannt. ²

Zusammengefasst lassen sich die in der AVO gegebenen Definitionen von Aus- und Sonderverkäufen wie folgt geben:

1. Ein Ausverkauf oder eine ähnliche Veranstaltung liegt vor, wenn bei einer Veranstaltung des Detailverkaufs dem Käufer mittels öffentlicher Ankündigung in Aussicht gestellt wird, er erhalte während einer bestimmten Zeitdauer eine besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigung.
2. Um einen Ausverkauf handelt es sich dabei, wenn mit der Veranstaltung bezweckt wird, alle Warenbestände wegen vollständiger Geschäftsaufgabe (Totalausverkauf) oder bestimmte Warenbestände (Teilausverkauf) zu räumen.

¹Art. 2 Abs. 2 AVO

²Art. 2 Abs. 2 AVO

3. Eine ähnliche Veranstaltung (Sonderverkauf) liegt vor, wenn die Veranstaltung nicht zum Zwecke der Räumung durchgeführt wird.

Nach Ansicht von Flüeler beinhaltet der Begriff des Aus- und Sonderverkaufs gemäss AVO zusätzlich die tatsächliche Durchführung der Veranstaltung. Die dem Käufer in Aussicht gestellte vorübergehende Vergünstigung muss seiner Meinung nach auch tatsächlich verabreicht werden, damit ein Aus- oder Sonderverkauf im Sinne der AVO vorliegt.¹ Damit will Flüeler den reellen Aus- und Sonderverkauf vom widerrechtlichen und strafbaren "Scheinausverkauf" abgegrenzt haben.² Wenn gleich von der Sache her Flüeler darin beizupflichten ist, dass zum Begriff des Ausverkaufs gerade auch dessen Durchführung gehören muss, so lässt sich dieses Element nicht in die in der AVO gegebene Definition hineininterpretieren. Vielmehr liegt ein Aus- oder Sonderverkauf im Sinne der Verordnung bereits dann vor, wenn er öffentlich angekündigt ist.³

¹Flüeler, 60

²Flüeler, 60

³Wydler, 14

BGE 76 IV 184

BGE 78 IV 126

BGE 87 IV 447

Wie dargelegt, ist die öffentliche Ankündigung der vorübergehenden, besonderen Vergünstigung notwendiges Element des Aus- und Sonderverkaufsbegriffes im Sinne der AVO. Gleicher Ansicht sind im Anschluss an diese gesetzliche Definition auch von Büren, Flüeler und Wydler.¹ Nach dieser Ansicht wird das Element der öffentlichen Ankündigung als für den Aus- und Sonderverkauf begriffsnotwendig erachtet. Dies trifft jedoch u.E. nicht zu. Wenn auch von Büren insoweit zuzustimmen ist, als er feststellt, dass die öffentliche Ankündigung eigentlicher Anlass für die gesetzliche Regelung des Ausverkaufswesens gab,² so kann seiner weitergehenden Folgerung, ohne diese Ankündigung liege rechtlich gar kein Aus- oder Sonderverkauf vor, nicht beigepflichtet werden.³ Zwar mag es durchaus zutreffen, dass eine Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung ohne öffentliche Ankündigung einen wirtschaftlich nur geringen Erfolg hat und demzufolge in der Praxis auch selten vorkommt; dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Ankündigung nicht zum eigentlichen Gehalt des Aus- und Sonderverkauf-Begriffes gehört. So lässt denn auch Germann

¹Büren von, 225 N. 6
Flüeler, 60
Wydler, 14

²Büren von, 223 N. 3

³a.M. Flüeler, 60, der ebenfalls annimmt, dass es rechtlich eine Ausverkaufstätigkeit ohne öffentliche Ankündigung gar nicht geben kann.

ausdrücklich die Frage offen, ob das Element der öffentlichen Ankündigung zum Begriff des Ausverkaufs zu zählen sei oder nicht.¹ Bei der Definition des Aus- und Sonderverkaufs in der AVO ist unübersehbar, dass der eigentliche Begriff dieser Veranstaltungen und die Voraussetzungen, welche zur Unterstellung einer Veranstaltung unter die AVO nötig sind, vermischt wurden.

Dass ein Aus- oder Sonderverkauf durchaus auch ohne öffentliche Ankündigung vorliegen kann, geht aus der Praxis des Bundesgerichtes hervor. So wird in einem Entscheid festgehalten, es bedürfe bloss derjenige Ausverkauf einer Bewilligung und sei somit der AVO unterstellt, welcher öffentlich angekündigt werde.² Damit ist deutlich gemacht, dass eben auch Aus- und Sonderverkäufe ohne öffentliche Ankündigung denkbar sind, wobei dieselben dann allerdings von der AVO nicht erfasst werden. Im Interesse einer korrekten Trennung des Aus- und Sonderverkauf-Begriffes von den Kriterien, welche für die Unterstellung solcher Veranstaltungen unter die AVO massgebend sind, wäre eine Begriffsumschreibung einerseits und eine Unterstellungsumschreibung andererseits wünschenswert. Denkbar wäre dabei folgende Auseinanderhaltung:

¹ Germann, Richtlinien, 69
vgl. auch Christen, Werbefreiheit, 163f.

² BGE 85 II 446

1. Einen Aus- oder Sonderverkauf führt durch, wer in einer Veranstaltung des Detailverkaufs vorübergehend dem Käufer besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen lässt.
2. Aus- und Sonderverkäufe gemäss Ziff. 1 fallen dann unter die AVO, wenn sie öffentlich angekündigt werden.

II. Die Ausverkaufsarten

A. Allgemeines

Wie bereits bei der Begriffsdefinition festgestellt, unterscheidet die AVO grundsätzlich zwei Arten von Veranstaltungen, nämlich die Ausverkäufe einerseits und die ähnlichen Veranstaltungen, nachfolgend Sonderverkäufe genannt, andererseits. Dabei wird die Gruppe der Ausverkäufe nochmals unterteilt und zwar in die Total- und in die Teilausverkäufe.¹ Bei dieser Einteilung wird vom Zweck ausgegangen, den die Veranstaltung erfüllen soll. So liegt ein Ausverkauf vor, wenn mit der Veranstaltung eine Räumung aller oder bestimmter Warenvorräte erreicht werden soll. Um einen Sonderverkauf handelt

¹ Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 AVO

es sich dagegen, wenn die in Frage stehende Verkaufsveranstaltung vorab der Belebung des Geschäftsganges dient. Bei dieser Unterscheidung nach dem jeweiligen Zweck kann jedoch in der Praxis nicht jede Veranstaltung einer dieser beiden Kategorien zugeordnet werden. Dies ist vor allem deshalb nicht möglich, weil jedem Belebungsverkauf in einem gewissen Masse auch ein Räumungszweck eigen ist.¹ Ein Sonderverkauf kann somit auch dann vorliegen, wenn neben dem primären Belebungszweck auch noch eine bestimmte Säuberung des Lagers, mithin eine Räumung angestrebt wird. Von Büren ist denn auch u.E. zutreffenderweise der Meinung, der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Veranstaltungen drücke sich lediglich in der unterschiedlichen Intensität des Räumungswillens aus.² Anstelle einer Unterteilung der verschiedenen Veranstaltungen auf Grund des angestrebten Zwecks liesse sich eine Unterscheidung auch auf Grund des Kriteriums der Periodizität erreichen. So handelt es sich bei den Ausverkäufen regelmässig um einmalige Veranstaltungen, bei den Sonderverkäufen hingegen um solche, die periodisch wiederzukehren

¹ Wer einen Belebungsverkauf durchführt, erhofft sich in der Regel gleichzeitig auch einen schnelleren Abbau der Lager, sodass neben dem Hauptzweck der Belebung eben auch der Räumungswille offensichtlich wird.

² Büren von, 230 N. 20

pflegen. In die AVO ist jedoch dieses Kriterium zur Unterscheidung nicht aufgenommen worden. Da dessen Anwendung im übrigen zum gleichen Ergebnis, nämlich zu einer grundsätzlichen Zweiteilung führen würde, kann auf weitere Ausführungen darüber verzichtet werden.

Nach ihrem jeweiligen Zweck erfährt die Veranstaltung auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung. Aus diesem Grunde muss im folgenden kurz auf die einzelnen Arten der der AVO unterstehenden Veranstaltungen eingetreten werden.

B. Der Totalausverkauf

Nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. a AVO liegt ein Totalausverkauf dann vor, wenn "wegen vollständiger Geschäftsaufgabe" "alle Warenbestände" geräumt werden. Das charakteristische Merkmal bildet somit die Räumung sämtlicher Waren, welche zu erfolgen hat, weil das Geschäft aufgegeben wird. Eine Räumung aller Warenbestände liegt dann vor, wenn verkaufte Waren nicht mehr durch gleiche neue ersetzt werden.¹ Im Gegensatz zum normalen Geschäftsgang, wo fortlaufend Ware in Geld und solches wieder in Ware umgewandelt wird, geht es hier um ein "Zuendeverkaufen aller

¹ H. Frey, 63

bisher geführten Waren".¹ Eine solche Liquidation der gesamten Warenbestände stellt allerdings nur einen Totalausverkauf im Sinne der AVO vor, wenn gleichzeitig die Warenpreise herabgesetzt werden und dies zudem öffentlich angekündigt wird.² Eine Räumung zu regulären Bedingungen kann daher nie einen Totalausverkauf darstellen.³ Das zweite Erfordernis für das Vorliegen eines Totalausverkaufes bildet der Umstand, dass die Warenliquidation erfolgt, weil im Anschluss an die Räumung das Geschäft aufgegeben wird. Wer demnach einen Totalausverkauf durchführt, scheidet anschliessend (wenigstens zeitweilig) aus dem Wettbewerb der entsprechenden Branche aus.⁴ Wer als Verkäufer einen Totalausverkauf durchführt, darf unmittelbar nach dieser Veranstaltung kein neues Geschäft der gleichen Branche eröffnen. Der Wiedereröffnung gleichgestellt und somit ebenso wenig zulässig ist die Beteiligung an einem Geschäft der gleichen Branche.⁵ Der Totalausverkauf

¹Flüeler, 61

²Es muss sich m.a.W. um eine Veranstaltung gemäss Art. 1 Abs. 1 AVO handeln.

³H. Frey, 67

⁴Flüeler, 61

⁵Dabei spielt es keine Rolle, ob man vorher auf Stufe Fabrikant, Grossist oder Detailhändler gearbeitet hat: Es genügt für ein Geschäftseröffnungsverbot, dass man vorher einen Totalausverkauf für Letztverbraucher durchgeführt hat.

soll demjenigen den letztmaligen Warenabstoss erleichtern, welcher das Geschäft aufgeben will. Kein Recht zu einer solchen Veranstaltung hat deswegen zum Beispiel derjenige, der sein Geschäft mit Aktiven und Passiven einem Nachfolger übergeben will.¹ Ebensowenig berechtigt ein Umzug oder eine Aenderung der Rechtsform zur Durchführung eines Totalausverkaufes.² In der deutschen Lehre wird immerhin auch die Meinung vertreten, eine Sitzverlegung in einen anderen Wettbewerbsbezirk sei einer gänzlichen Aufgabe des Geschäftes gleichzusetzen.³ Obwohl sich Deutschland und die Schweiz in Bezug auf die geografischen Verhältnisse nicht direkt miteinander vergleichen lassen, können auch hierzulande trotz heutiger Mobilität der Bevölkerung Wettbewerbsbezirke und somit geografisch begrenzte Konkurrenzverhältnisse festgestellt werden. Es stellt sich somit zumindest die Frage, ob nicht auch in der Schweiz eine Sitzverlegung in eine ganz andere Gegend als eigentliche Geschäftsaufgabe im vorherigen Gebiet behandelt werden sollte, womit ein Totalausverkauf vor einem solchen Wechsel als gerechtfertigt erschiene.

Demgegenüber kann gegen die Neueröffnung eines Geschäftes in den Lokalitäten und der Branche des

¹Büren von, 231 N. 24

²Giger, 254f.

³Mewes, 79

Ausverkäufers nichts eingewendet werden, wenn der neue Geschäftsmann seine Waren nicht vom alten Geschäftsinhaber übernommen und dieser seinerseits alle Waren liquidiert hat, so dass die beiden Geschäfte in keinerlei Zusammenhang zueinander stehen.¹

Die AVO legt genau fest, in welchem Rahmen ein so beschriebener Totalausverkauf durchgeführt werden darf. Als Veranstalter kommt nur in Frage, wer das zu liquidierende Geschäft bereits während einer bestimmten Zeitdauer betrieben hat.² Weiter dürfen ab Beginn des Ausverkaufes keine neuen Waren angeschafft werden;³ zudem bestehen Vorschriften über den Beginn und die Dauer der Veranstaltung und schliesslich darf nach der Durchführung während einer bestimmten Zeitdauer kein neues Geschäft der gleichen Branche eröffnet werden.⁴

C. Der Teilausverkauf

Ein Teilausverkauf im Sinne der AVO liegt vor, wenn bestimmte "Warenbestände" geräumt werden, dies ins-

¹Giger, 255

²Art. 11 AVO

³Art. 13 AVO

⁴Art. 9, 10 AVO
Art. 16 AVO

besondere "wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen,"¹ Analog zum Totalausverkauf soll mit dem Teilausverkauf die Räumung von Waren erreicht werden. Im Unterschied zu jener Veranstaltung werden jedoch bei dieser nicht sämtliche bisher geführten Waren erfasst, vielmehr beschränkt sich die Räumung auf eine bestimmte Warenmenge. Als Motiv der Räumung nennt die AVO die "Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen".² Dass daneben aber noch andere Gründe möglich sind, wird dadurch klar gemacht, dass die AVO der Aufzählung der konkreten Gründe den Ausdruck "insbesondere" voranstellt.³

Beabsichtigt ein Kaufmann, bestimmte Warengattungen oder ganze Abteilungen seines Geschäftes aufzugeben, so kann er die Liquidation der betroffenen Waren mittels Teilausverkauf vornehmen. Gleich wie beim Totalausverkauf zieht er sich damit in Bezug auf diesen Warenbereich aus dem Wettbewerb zurück, weshalb er nach durchgeführter Räumung Waren dieser Art nicht mehr führen darf.⁴ Wenn nach dem Wortlaut der AVO zwischen der Aufgabe von Warengattungen und Verkaufsabteilungen unterschieden wird, so ist der Begriff der Verkaufsabteilung

¹ Art. 2 Abs. 1 lit. b AVO

² Art. 2 Abs. 1 lit. b AVO

³ Art. 2 Abs. 1 lit. b AVO

⁴ Näheres zum Verbot der Warenführung nach einem Teilausverkauf, vgl. 285

als der umfassendere zu verstehen.¹

Als charakteristisches Moment für Teilausverkäufe ist der Umstand zu betrachten dass nicht sämtliche Waren aufgegeben werden sollen. Neben der Aufgabe bestimmter Waren oder Warengruppen können auch andere Gründe zur Abhaltung eines Teilausverkaufes führen. So können besondere Umstände vorliegen, welche einen möglichst raschen Verkauf ganz bestimmter Waren erforderlich machen, so dass auch hier der Teilausverkauf als geeignete Verkaufsform erscheint. Solche Umstände liegen vor, wenn Waren infolge Brand- oder Wasserschäden, infolge bevorstehenden Umzuges oder Umbaues des Geschäftes abgestossen werden müssen. In solchen Fällen muss jedoch ein echtes Bedürfnis zu möglichst schneller Liquidation bestimmter Waren bestehen.² Das Erfordernis des Nachweises eines vorhandenen Bedürfnisses erscheint vor allem auch deshalb gerechtfertigt, weil nach Teilausverkäufen, welche aus Gründen der beschriebenen besonderen Umstände erfolgen, die derart abgestossenen Waren ohne zahlenmässige oder zeitliche Einschränkungen erneut angeschafft werden können. So können etwa Warengruppen, welche im Hinblick auf

¹Während eine Warengattung auf eine bestimmte Warenart beschränkt ist, (z.B. Geschirrartikel) beinhaltet die Verkaufsabteilung eine Warengruppe, welcher mehrere Artikel angehören (z.B. Haushaltwaren).

²Erläuterungen, 20

einen Geschäftsumbau mittels Teilausverkauf rasch abgestossen wurden, nach erfolgtem Umbau sofort wieder angeschafft und verkauft werden. Im Gegensatz zu Teilausverkäufen, welche wegen beabsichtigter Aufgabe gewisser Warengruppen durchgeführt werden, entfällt bei solchen, die berechtigterweise aus Gründen besonderer Umstände erfolgten, das Verbot, nach durchgeführter Veranstaltung die gleichen Waren weiterführen zu können.¹ Für alle Teilausverkäufe gelten hingegen die für Räumungsverkäufe typischen Merkmale des Schubverbotes², der Aussonderungspflicht³, der Wartefrist⁴ sowie der zeitlichen Beschränkungen.⁵

D. Der Sonderverkauf

Unter den Begriff des Sonderverkaufs fallen nach Art. 2 Abs. 2 AVO die Veranstaltungen, welche zwar die Voraussetzungen von Art. 1 AVO erfüllen, dagegen weder den Total- noch den Teilausverkäufen zugerechnet werden können. In negativer Hinsicht kann demnach festgehalten werden, dass ein Sonderverkauf nicht vorliegt, wenn mit einer Veranstal-

¹Büren von, 232 N. 29

²vgl. weiter unten, 267ff.

³vgl. weiter unten, 295f.

⁴vgl. weiter unten, 265ff.

⁵vgl. weiter unten, 251ff.

tung, welche unter Art. 1 AVO zu subsumieren ist, eine gänzliche oder teilweise Räumung eines zum voraus mengenmässig genau bestimmten Warenlagers bezweckt wird. Dass der Räumungszweck bei einem Sonderverkauf zumindest nicht im Vordergrund stehen darf, geht auch daraus hervor, dass die Ausdrücke "Ausverkauf", "Räumung" oder "Liquidation" für sich allein oder in zusammengesetzter Form nicht für die Benennung eines solchen Verwendung finden dürfen.¹ Ein gänztliches Verbot jeglichen Räumungszwecks für einen Sonderverkauf ist hingegen in der AVO nicht ausgesprochen.

Der Sonderverkauf soll vorab der Belebung der Verkaufstätigkeit in absatzschwachen Zeiten dienen. Nicht das Abstossen einer zum voraus bestimmten Warenmenge wird angestrebt, sondern es geht darum, eine möglichst grosse Zahl von Kunden zu einem Kaufabschluss zu bewegen. Je nach Branche und individueller Art der Geschäftsführung wird der Veranstalter im Hinblick auf eine solche Veranstaltung sein übliches Warenangebot noch zusätzlich durch speziell angeschaffte, zu besonders vorteilhaften Konditionen offerierte Waren ergänzen. Gerade diese über das normale Sortiment hinausgehenden Angebote zu günstigen Bedingungen werden dem eigentlichen Zweck eines Sonderverkaufes, welcher in der Ankurbelung der Umsätze besteht, be-

¹Art. 2 Abs. 3 AVO

sonders gerecht.

Nach heutigem Recht fallen jedoch auch die Saison- und Inventurverkäufe unter den Begriff des Sonderverkaufs, weshalb neben dem Moment der Belebung fast immer auch dasjenige der Räumung vorliegt; bloss geht es hier nicht um eine endgültige oder eine infolge besonderer Umstände nötig gewordene Räumung, sondern es handelt sich um den periodisch wiederkehrenden Verkauf von Waren, welche infolge der neuen Mode oder aus sonstigen Gründen überholt und daher zu regulären Bedingungen nur noch schwer verkäuflich sind. Besonders deutlich zeigt sich dieser gelegentlich auch bei Sonderverkäufen mitenthaltene Räumungscharakter bei Veranstaltungen, welche in den typischen Modebranchen durchgeführt werden. So ist etwa ein Kleidergeschäft darauf angewiesen, bei Saisonende die unverkauften, modeabhängigen Kleider abzustossen, um so Platz für neueintreffende Artikel zu erhalten. Dieser in manchen Sonderverkäufen mitschwingende Räumungszweck steht jedoch in einem gewissen Widerspruch zum erwähnten Verbot, der Veranstaltung eine darauf hinweisende Benennung geben zu können.¹ Entsprechend seinem Hauptzweck, der in der

¹Dieser Mangel wird jedoch weitgehend dadurch behoben, dass bei der Ankündigung des besonderen Vorteils mit gestrichenen Preisen operiert und somit daraus ersichtlich wird, dass es sich um Ware handelt, welche aus Mode- und Platzgründen abgestossen wird.

Geschäftsbelebung besteht, kennt der Sonderverkauf kein Schubverbot, keine Wartefrist und kein Eröffnungsverbot nach der Durchführung. Dagegen ist der Sonderverkauf einer weitgehenden zeitlichen Beschränkung unterworfen.¹

III. Nicht unterstellte Veranstaltungen

A. Allgemeines

Gemäss Art. 3 AVO fallen bestimmte Veranstaltungen, welche an sich sämtliche Voraussetzungen eines Aus- oder Sonderverkaufs gemäss Art. 1 AVO erfüllen, nicht unter diese Verordnung. Dabei erfolgt die Ausklammerung entweder infolge der besonderen Beschaffenheit der Ware oder aber infolge der besonderen Art der Durchführung der Veranstaltung.²

Ist eine Veranstaltung dem Geltungsbereich der AVO entzogen, können die Bestimmungen dieser Verordnung auf dieselbe nicht angewendet werden.³ Ein solcher Aus- oder Sonderverkauf kann somit auch zu Zeitpunkten durchgeführt werden, während welchen der AVO unterstellte Veranstaltungen unzu-

¹ vgl. weiter unten, 258f.

² Flüeler unterscheidet zwischen echten und unechten Ausnahmen, was uns jedoch unnötig erscheint, da sowohl die gemäss Flüeler echten und unechten Ausnahmen rechtlich gleich zu behandeln sind (Flüeler, 81ff.).

² Flüeler, 81

lässig sind. Daneben entfällt jegliche Bewilligungspflicht sowie auch alle übrigen sachlichen und örtlichen Beschränkungen, welche in der AVO vorgesehen sind. Auch die der AVO nicht unterstellten Veranstaltungen finden jedoch ihre Schranken in den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb.

Angesichts dieser bevorzugten Stellung bestimmter Veranstaltungen muss interessieren, unter welchen Voraussetzungen eine solche Ausnahme gegeben ist und ob sich diese Ausklammerung und damit die rechtlich andere Behandlung sachlich rechtfertigen lässt.

B. Nichtunterstellte Sonderverkäufe

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a AVO kann die Verordnung nicht auf Sonderverkäufe angewendet werden, welche "Nahrungs- und Genussmittel" oder andere Artikel "des täglichen Verbrauchs, die der Reinigung und der Körperpflege dienen", zum Gegenstand haben. Während leicht verderbliche Lebens- und Genussmittel von Anfang an der AVO nicht unterstellt waren,¹ wurde mit der Teilrevision der AVO vom 15. März 1971 das ausgeklammerte Warensorti-

¹AS 63, 337ff.

ment erheblich erweitert.¹

Keine Probleme bietet die Abgrenzung von Lebensmitteln, zumal in der Verordnung selbst noch präzisiert wird, dass damit "Nahrungs- und Genussmittel" gemeint sind.² Bei diesen Produkten, denen rasche Verderblichkeit eigen ist, liegt auch die Begründetheit ihrer Ausnahmestellung klar auf der Hand: müsste nämlich vor einem Sonderverkauf eine Bewilligung eingeholt werden, oder dürfte ein solcher gar nur zweimal im Jahr durchgeführt werden, könnten solche Waren in keinem Falle rechtzeitig vor ihrer gänzlichen Unverkäuflichkeit abgestossen werden. Erheblich schwieriger gestaltet sich hingegen der Versuch, eine präzise Umschreibung der Artikel des "täglichen Verbrauchs, die der Reinigung und der Körperpflege dienen", zu finden. Bei wörtlicher Auslegung kann dabei zunächst festgehalten werden, dass damit nicht Artikel gemeint sind, welche zwar täglich im Gebrauch stehen, jedoch nicht im eigentlichen Sinne verbraucht werden.³ Bei Gegenständen des täglichen Verbrauchs handelt es sich um Artikel, welche täglich benötigt werden

¹AS 1971, 305

²Art. 3 Abs. 1 lit. a AVO

³Nach dieser streng wörtlichen Auslegung ist etwa die Zahnpasta zu den Verbrauchsartikeln zu zählen, wogegen die Zahnbürste einen Gebrauchsgegenstand darstellt.

und welche auch nicht geeignet sind, zu finanzieller Ausnützung des Publikums Anlass zu geben.¹ Damit lässt sich festhalten, dass unter den Artikeln des täglichen Verbrauchs Güter zu verstehen sind, die vom Letztverbraucher regelmässig angeschafft werden müssen und die einen nicht aus dem allgemeinen Budget heraustretenden finanziellen Aufwand für ihn bedeuten. Gemäss dieser Umschreibung kann im Grossen und Ganzen das heutige Drogeriesortiment zu diesen Verbrauchsgütern gezählt werden. Wie das Bundesgericht u.E. richtig feststellt, können andererseits Bekleidungsgegenstände nicht mehr diesen Waren des täglichen Verbrauchs zugeordnet werden.²

Während nun aber bei den nur beschränkt haltbaren Nahrungs- und Genussmitteln deren besondere Eigenschaften eine Ausklammerung von der AVO sachlich ohne weiteres rechtfertigen, trifft dies bei den übrigen Lebensmitteln sowie den Gütern des täglichen Verbrauchs nicht in entsprechender Weise zu. So ist zwar richtig, dass die Ankündigung eines Sonderverkaufes, in welcher Möbel oder Autos vorübergehend zu günstigen Konditionen angeboten werden, eine grössere Anziehungskraft besitzt als eine Bekanntmachung, welche lediglich Seife oder andere Reinigungsmittel während einer be-

¹BGE 101 Ib 146

²BGE 101 Ib 147

stimmten Zeitdauer günstiger anpreist; indessen ist dieser Unterschied bloss ein gradueller, der für sich allein eine rechtliche Andersbehandlung nicht zu rechtfertigen vermag. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Preisbildung bei den Gütern des täglichen Verbrauchs durch Wegfallen der Preisbindung der zweiten Hand eine Veränderung erfahren hat und vorübergehende, besonders günstige Angebote in diesem Warenbereich geradezu die Regel bilden.¹ Zudem zählen zum heutigen Angebot von Artikeln des täglichen Verbrauchs neben den traditionellen Pflegemitteln ebenso kosmetische Luxuspräparate, bei welchen die Gefahr der Irreführung oder Täuschung des Publikums mindestens genau so vorhanden ist wie bei anderen Artikeln, welche der AVO unterstellt sind. Diese Ueberlegungen führen zum Schluss, dass die Erweiterung der nicht unterstellten Warengruppen rechtliche Bedenken auslöst, da ein sachlich gerechtfertigter Unterschied zu Waren, welche der AVO unterstellt sind, nicht auszumachen ist. Ganz abgesehen davon kommt heute den Warenbereichen, welche der AVO nicht mehr unterstellt sind, wirtschaftlich eine ebenso bedeutende Rolle zu, wie denjenigen Warengruppen, welche der Verordnung unterstellt sind.

¹BGE 101 Ib 147

C. Besondere Verkaufsveranstaltungen

Neben den soeben erwähnten Sonderverkäufen, die wegen der Besonderheit der angebotenen Ware dem Geltungsbereich der AVO entzogen sind, sieht die Verordnung zudem Ausnahmen von der Unterstellung vor, welche in der speziellen Art der Veranstaltung begründet sind.

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AVO fallen Veranstaltungen dann nicht unter die Verordnung, wenn es sich um "behördlich angeordnete Verwertungen" handelt. Da in diesen Fällen der Veranstalter eine staatliche Behörde ist oder dieselbe zumindest Kontrollfunktionen ausübt und zudem solche Verwertungen vom BG über die Schuldbetreibung und den Konkurs erfasst werden, erscheint ein zusätzlicher Schutz des Publikums durch die AVO überflüssig.¹

Schliesslich hält Art. 3 Abs. 2 AVO fest, dass die "gewerbe- und handelspolizeilichen Vorschriften der Kantone über den Markt- und Hausierverkehr, die Wanderlager und die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen" vorbehalten bleiben. Bei Wanderlagern rechtfertigt sich die Ausnahme von der Unterstellung damit, dass diese fahrenden Händler wegen der Art ihres Verkaufes nicht in der Lage sind, sich eine ständige Stammkund-

¹Erläuterungen, 23

schaft zu verschaffen.¹ Bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen dagegen handelt es sich gar nicht um einen eigentlichen Verkauf im Sinne der AVO, da der Preis nicht vom Verkäufer, sondern vom Käufer bestimmt wird; ein "in Aussichtstellen" einer besonderen Vergünstigung ist daher gar nicht möglich.²

IV. Die Voraussetzungen der Unterstellung im Einzelnen

A. Allgemeines

In Art. 1 Abs. 1 AVO wird der Aus- und Sonderverkauf definiert und gleichzeitig auch festgelegt, welche Elemente eine Veranstaltung notwendig aufweisen muss, damit sie in den Geltungsbereich der AVO fällt. Im folgenden sollen nun diese einzelnen Unterstellungsmomente einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

¹BGE 101 Ib 150

²Flüeler, 82

Immerhin bleibt es den Kantonen unbenommen, auch auf solche Veranstaltungen die Bestimmungen der AVO als kantonales Recht anzuwenden: Kt. VS (G Art. 13); Kt. FR (V Art. 4).

B. Veranstaltung des Detailverkaufs

Ein Aus- oder Sonderverkauf untersteht nur dann der AVO, wenn er sich an die Letztverbraucher, also an die Konsumenten richtet. Damit wird deutlich, dass die AVO vorab den Schutz des in wirtschaftlichen Angelegenheiten meist unerfahrenen Konsumenten bezweckt, demgegenüber ein eben solches Schutzbedürfnis der Grossisten oder Fabrikanten ablehnt.¹ Soll dieser Schutzfunktion für den Konsumenten wirksam Genüge getan werden, kann es nicht darauf ankommen, ob der Verkäufer sich als Detailhändler, als Grossist oder als Fabrikant mit einer Veranstaltung an die Letztverbraucher wendet.²

Von einer Veranstaltung, die sich an den Letztverbraucher richtet, ist immer dann auszugehen, wenn Ware ohne die für Wiederverkäufer üblichen Rabatte oder speziellen Konditionen angeboten wird.³ Während Giger und David davon ausgehen, dass nur Veranstaltungen, welche von gewerbsmässigen Verkäufern durchgeführt werden, unter die AVO fallen,⁴ nimmt Flüeler an, eine Veranstaltung

¹Flüeler, 74

²BGE 79 IV 141

³Hindermann, 12

⁴Giger, 233
David, 268

sei auch dann der AVO unterstellt, wenn der Veranstalter sich nur gelegentlich mit dem Verkauf der in Frage stehenden Ware an Letztverbraucher befasst.¹ Auf diesem Standpunkt steht auch das Bundesgericht, welches auch dann die Unterstellung bejaht, wenn der Veranstalter sich erst in Zukunft und nur gelegentlich mit dem Verkauf befassen wird.² Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen; gerade Grossisten und Fabrikanten wenden sich oftmals nur gelegentlich an die Letztverbraucher und könnten daher einer Unterstellung entgehen, würde man nur den regulären Detailhandel erfassen. Von diesen gelegentlich durchgeführten Veranstaltungen ist jedoch ganz deutlich diejenige des Privaten zu trennen, welcher den Warenverkauf nicht als Erwerbstätigkeit betreibt und mehr oder weniger zufällig eine einmalige Veranstaltung durchführt.³

Im weiteren muss mit der Veranstaltung eine Uebereignung von Waren angestrebt werden. In der Regel wird daher mit dem Aus- oder Sonderverkauf der Abschluss möglichst vieler Kaufver-

¹Flüeler, 74

²BGE 81 IV 194

³Einer solchen Unterstellung würde bereits Art. 11 AVO widersprechen. Zudem muss der Verkäufer in einer der AVO unterstellten Veranstaltung eben ein Angebot machen, welches sich von seinen üblichen Offerten unterscheidet. Dies ist bei einem Privaten jedoch nicht möglich.

träge bezweckt sein. Neben Kaufverträgen im streng rechtlichen Sinne handelt es sich oft auch um Werkverträge, bei welchen jedoch die Arbeitsleistung im Hintergrund bleibt.¹ Wydler spricht zutreffend von "Kaufverträgen im wirtschaftlichen" Sinne, worunter auch Werkverträge zu verstehen sind, bei welchen nicht eindeutig die Arbeitsleistung im Vordergrund steht.² Liegt offensichtlich keine Uebereignung von Waren vor und ist sie innerhalb der Veranstaltung auch gar nicht vorgesehen, muss hingegen das Vorliegen eines Detailverkaufes verneint werden. So kann weder eine blosse Modeschau noch ein Werbefilm oder eine Musterausstellung der AVO unterstellt werden, wenn diese Veranstaltungen reinen Werbecharakter haben und keinerlei Warenverkäufe damit verbunden sind.³ Nach einem neulich ergangenen Entscheid des Bundesgerichtes liegt eine Veranstaltung des Detailverkaufs auch dann vor, wenn für einen Beitritt zu einem Klub geworben wird und der Klub den hauptsächlichen Zweck hat, seinen Mit-

¹ Giger, 234, der dies vor allem bei Möbel- und Kleiderverkäufen annimmt.

Dagegen sind reine Arbeitsleistungen wie Reinigungs- und Reparaturvornahmen nicht mehr zu dieser Art von Werkverträgen zu zählen.

² Wydler, 13

³ Tetzner, 30 N. 24
BGE 90 IV 111
BGE 91 IV 104

gliedern Waren zu besonders günstigen Konditionen anzubieten.¹

Gegenstand der Verkaufsveranstaltung ist in aller Regel eine Ware. Dabei kommt grundsätzlich jede Ware in Betracht, die nicht aus polizeilichen Gründen dem freien Handelsverkehr entzogen ist.² Nach David fallen Veranstaltungen, welche statt der Ware eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, nicht unter die Bestimmungen der AVO.³ Dieser Meinung kann jedoch in der generellen Art nicht beigepflichtet werden. So ist nicht einzusehen, weshalb etwa ein vorübergehend besonders günstiges Angebot einer Ferienreise nicht als Ware im Sinne der AVO zu betrachten ist.

Bei einer Veranstaltung, welche der AVO unterstellt ist, muss die Ware nicht sofort übergeben werden; dies kann auch zu einem späteren Zeitpunkt geschehen. Damit fällt grundsätzlich auch eine Veranstaltung des Versandgeschäftes unter die Bestimmungen der AVO.

¹BGE 103 IV 213ff. im konkreten Fall wurde jedoch das Vorliegen einer Veranstaltung des Detailverkaufes verneint.

²So kann kein Aus- oder Sonderverkauf mit pornografischer Literatur veranstaltet werden, wenn dieselbe als unzüchtige Veröffentlichung im Sinne des Strafgesetzbuches gilt.

³David, 269

Schliesslich ist eine Veranstaltung des Detailverkaufs nur dann der Verordnung unterstellt, wenn sie von einem ortsfesten Veranstalter durchgeführt wird. Entsprechende Veranstaltungen des fahrenden Gewerbes entgehen einer Unterstellung, auch wenn sie alle Elemente aufweisen, die an sich zur Unterstellung genügen würden. Dass diese Pesserstellung sachlich gerechtfertigt werden kann, ist weiter oben bereits festgestellt worden.¹

C. Die öffentliche Ankündigung

Wie bereits erwähnt, gehört die öffentliche Ankündigung zwar nicht zum eigentlichen Begriff des Aus- und Sonderverkaufs, hingegen fällt eine solche Veranstaltung nur unter die AVO, wenn sie öffentlich angekündigt wird. Dieses Abhängigmachen der Unterstellung von der öffentlichen Ankündigung erscheint im Blick auf den polizeilichen Zweck der AVO berechtigt; nur ein öffentlich angekündigter Aus- oder Sonderverkauf wird eine grosse Zahl von Kauflustigen anzuziehen in der Lage sein. Damit ist aber gleichzeitig auch gesagt, dass nur bei öffentlich angekündigten Veranstaltungen eine

¹ vgl. weiter oben, 173
BGE 101 Ib 150

Gefahr der Irreführung des Publikums besonders gross ist. Ueber die Anforderungen, die aus den erwähnten Gründen an den Inhalt und an den Zeitpunkt der öffentlichen Ankündigung gestellt werden müssen, soll weiter unten die Rede sein.¹ Zunächst soll jedoch der Versuch unternommen werden abzuklären, wann überhaupt eine Ankündigung vorliegt und wann sie als öffentlich zu bezeichnen ist.

Eine Veranstaltung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AVO kann dann als angekündigt gelten, wenn sie in irgendeiner Art bekanntgegeben wird. Dies ist stets der Fall, wenn die Bekanntgabe anders als bei der einzelnen, konkreten Kaufsverhandlung erfolgt.² Einen Aus- oder Sonderverkauf kündigt somit nicht an, wer dem Kunden erst während den bereits eingeleiteten Kaufverhandlungen eröffnet, er gewähre momentan auf der in Frage stehenden Ware einen besonderen Vorteil. Als massgebliches Merkmal der Ankündigung kann daher das Bekanntgeben der Veranstaltung an Personen bezeichnet werden, welche nicht bereits von sich aus Kaufinteresse an einer bestimmten Ware bekundet haben.

¹vgl. auch weiter unten, 233 ff.

²BGE 85 II 447

Zur Unterstellung unter die AVO genügt indessen nicht irgendeine Ankündigung, es muss sich vielmehr um eine öffentliche handeln. Diese Eigenschaft kommt einer Ankündigung dann zu, wenn sie von einer Vielzahl von Personen wahrgenommen werden kann. Während dabei früher mehrheitlich die Auffassung vertreten wurde, es müsse sich um eine zum voraus nicht bestimmbare Anzahl von Personen handeln,¹ nimmt man heute die öffentliche Natur einer Ankündigung bereits dann als gegeben an, wenn sich die Bekanntgabe an eine grössere Zahl bestimmter Personen richtet.² Eine grössere Zahl bestimmter Personen liegt auch dann vor, wenn ein Geschäft alle oder bestimmte Kreise ihrer Kundschaft von einer Veranstaltung in Kenntnis setzt;³ immerhin muss der angegangene Personenkreis eine minimale Grösse aufweisen, die unabhängig von der Grösse des Geschäftes und seiner gesamten Kundenzahl sein muss.

Das Bundesgericht erachtet in einem bestimmten Fall den Kreis der angegangenen Personen von 80 000 - 100 000 als genügend gross, um die Ankündigung als öffentliche erscheinen zu lassen.⁴

¹Flüeler, 76
Mewes, 63
H. Frey, 76

²Germann, Richtlinien, 70 FN 69
BGE 91 IV 103
BGE 85 II 447

³BGE 92 IV 149

⁴BGE 92 IV 149

Das Merkmal der Oeffentlichkeit dürfte jedoch u.E. bereits dann vorliegen, wenn sich die Ankündigung an eine Zahl von 1 000 - 2 000 Personen richtet. Neben bisherigen Kunden, die mittels geschäftsinterner Kartei eruiert und angesprochen werden können, bieten sich heute den Veranstaltern Dank fortgeschrittener Technik im Bereiche der Datenverarbeitung auch andere Möglichkeiten, an die nötigen Angaben möglicher Kaufinteressenten heranzukommen.¹ Der dergestalt angesprochene Personenkreis muss sich nicht notwendigerweise ausserhalb des Geschäftslokals befinden; insbesondere bei Warenhäusern können diese Personen sich auch im Innern des Geschäftes aufhalten.² Einer Ankündigung an das Personal eines Geschäftes fehlt hingegen regelmässig das Moment der Oeffentlichkeit.³

Den Mitteln, mit welchen auf die Veranstaltung aufmerksam gemacht wird, kommt grundsätzlich keine rechtliche Bedeutung zu, da gemäss Art. 1 Abs. 2 AVO alle nur denkbaren Methoden in Frage kommen können. Der genannte Artikel zählt

¹ Zu denken ist an Adressmaterial, welches käuflich erworben werden kann.

² BGE 96 I 419f.
Büren von, 225 N. 7

³ BGE 85 II 447

zwar die am häufigsten verwendeten Arten einer öffentlichen Ankündigung auf, lässt aber daneben ausdrücklich noch weitere "zweckdienliche Mittel" zu.¹ Am häufigsten werden als Ankündigungsmittel das Zeitungsinserat sowie die Schaufensterreklame Anwendung finden. Daneben kommt als taugliches Mittel ebenfalls der Werbebrief in Frage, der dann allerdings an einen grösseren Personenkreis gerichtet sein muss.² Erfahrungsgemäss stösst ein persönliches Schreiben bei den angesprochenen Personen auf ein grösseres Interesse als anonyme Zeitungsinserate, weshalb Ankündigungen solcher Art in der Zukunft eher an Bedeutung gewinnen dürften. Ebenso stehen, wenigstens in der Schweiz, auch die Medien von Radio und Fernsehen als Träger öffentlicher Ankündigungen erst am Anfang und werden zweifellos in Zukunft noch intensiver benutzt werden. Neben Ankündigungen mittels Plakaten, welche für eine grosse Anzahl Personen sichtbar sind, kommen auch öffentliche Bekanntmachungen mittels plakattragender Personen in Frage.³

¹ Art. 1 Abs. 2 AVO

² vgl. weiter oben,

³ Sandwich-Man

Demgegenüber gilt ein blosses Weitersagen von Mund zu Mund dann nicht als öffentliche Ankündigung, wenn der Veranstalter diese Bekanntmachung nicht gezielt zu erwirken suchte.¹ Eben- sowenig gilt als öffentliche Bekanntgabe einer Veranstaltung der blosser öffentlicher Hinweis, man solle ein demnächst erscheinendes Inserat beachten, in welchem auf eine besonders günstige Kaufgelegenheit hingewiesen werde.²

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass eine öffentliche Ankündigung stets dann vorliegt, wenn ein grösserer Personenkreis in einer geeignet erscheinenden Form auf eine bestimmte Veranstaltung aufmerksam gemacht wird.

D. Das Inaussichtstellen einer
besonderen Vergünstigung

Eine weitere Voraussetzung zur Unterstellung einer Veranstaltung unter die AVO liegt im Erfordernis, es müsse dem Kaufinteressenten eine "besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte" Vergünstigung in Aussicht gestellt werden.³

¹BGE 85 II 449

²Tetzner, 41 N. 40

³Art. 1 Abs. 1 AVO

Diese Voraussetzung ist bereits dann erfüllt, wenn die Vergünstigung angekündigt wird. Ob sie tatsächlich auch gewährt wird, ist für die Unterstellung als solche nicht von Bedeutung.¹ Wer allerdings die in der öffentlichen Bekanntmachung versprochenen Zusagen nicht hält, führt eine Scheinveranstaltung durch und hat die damit verbundenen rechtlichen Folgen zu tragen.² Es ist somit bei der Beurteilung der in Aussicht gestellten Vergünstigung auf den Eindruck abzustellen, den die Ankündigung beim Publikum erweckt. Dabei ist massgebend, welchen Eindruck die Ankündigung in ihrer Gesamtheit macht, weshalb nicht ihre einzelnen Elemente getrennt betrachtet werden dürfen.³ Zudem liegt es auf der Hand, dass die Ankündigung nicht bei allen Personen, an welche sie sich richtet, den gleichen Eindruck hinterlässt. Es ist deshalb auf denjenigen Eindruck abzustellen, den der Durchschnittsleser bei oberflächlichem Betrachten der Bekanntmachung entnimmt.⁴ Dieser ohnehin nur in der Theorie existierende Durchschnittsadressat einer Ankündigung wird nun je

¹ Erläuterungen, 16

² vgl. weiter unten, 233 f.

³ BGE 95 IV 160
BGE 89 IV 220

⁴ Flüeler, 72

nach dem Personenkreis, an welchen sich die Bekanntgabe richtet, verschiedenen Anforderungen zu genügen haben. Generell kann u.E. gesagt werden, dass die Anforderungen an den Durchschnittsadressaten dann am kleinsten sein müssen, wenn sich die öffentliche Ankündigung an die Allgemeinheit richtet; sind dagegen nur ganz bestimmte Personenkreise angesprochen, wird vom Durchschnittsadressaten mehr erwartet werden müssen. Daneben spielen aber auch die Werbebegepflogenheiten in den einzelnen Branchen eine wichtige Rolle.¹ In Wirtschaftszweigen, in denen die Geschäftsleute ständig die Werbetrommel schlagen, wird sich der Durchschnittsadressat allmöglicherweise daran gewöhnen und somit nicht mehr in jedem Schlagwort eine besondere Vergünstigung erblicken.²

In der Regel wird die angekündigte, besondere Vergünstigung in einer Preisherabsetzung bestehen. Dabei wird die gleiche Preisreduktion von Branche zu Branche verschiedene Wirkung zeitigen, weshalb sich über das Ausmass der Reduktion keine generelle Regel aufstellen lässt. Immerhin dürfte heute eine Reduktion von weniger als 5% des vorherigen Verkaufspreises kaum mehr

¹BGE 95 IV 159
BGE 101 IV 341

²Tetzner, 43 N. 43

geeignet sein, zusätzliche Kaufinteressenten anzulocken.¹ Nach oben sind der Preisreduktion grundsätzlich keine Grenzen gesetzt. Bei Verkäufen zu Verlustpreisen ist zu untersuchen, ob unlauterer Wettbewerb, begangen durch Lockvogelangebote, vorliegt.² Dem Veranstalter eines Aus- oder Sonderverkaufs zu Räumungszwecken bleibt oft gar nichts anderes übrig, als seine Waren zu Verlustpreisen abzustossen. In einem solchen Fall kann es sich somit nicht um ein Lockvogelangebot handeln, welches ja nicht die Räumung des Lagers, sondern die Ankurbelung des Verkaufs auf dem ganzen Sortiment bezweckt.³ Aber auch in einem Sonderverkauf, in welchem zur Belebung speziell günstige Artikel angeboten werden, soll die Belebung in erste Linie durch den Verkauf eben dieses Artikels erreicht werden, so dass auch hier nicht von eigentlichen Lockvogelangeboten gesprochen werden kann.⁴

¹Giger, 235

In der Autobranche sind heute ständige Rabatte von 5 - 10% des Katalogpreises bereits im regulären Geschäftsgang üblich.

²Jetzer, 131

³Jetzer, 128ff.

⁴Jetzer, 132

So bezweckt der in Warenhäusern übliche Stundenverkauf während eines Sonderverkaufs nicht in erster Linie eine Belebung der Verkäufe auf dem ganzen Sortiment, sondern nur gerade auf den speziell günstig angebotenen Artikeln.

Die Ankündigung der Preisreduktion erfolgt gewöhnlich mittels gestrichener Preise.¹ Daneben gelangen aber auch andere Werbemassnahmen zur Anwendung, welche die besondere Vergünstigung herausstreichen sollen. So werden oft die Prozentzahlen der Preisreduktion im Verhältnis zum regulären Preis angegeben; dabei kann die Reduktion auf dem ganzen Sortiment oder auch nur auf einzelnen Warengruppen oder Einzelstücken erfolgen. Die besondere Vergünstigung kann ausser in einer Preisreduktion auch darin bestehen, dass Waren besserer Qualität, jedoch zu gleichen Preisen abgegeben werden.² Daneben ist als Vergünstigung auch eine Zugabe oder ein Geschenk denkbar.³ Ebenfalls als Vergünstigung ist eine Extraleistung, die im normalen Geschäftsgang nicht gewährt wird, zu betrachten.⁴ Schliesslich kann die besondere Vergünstigung auch in der Teilnahmberechtigung an einem Wettbewerb oder in der Uebergabe von

¹ David, 272

Ueber das Verhältnis zur Verordnung über die Preisanschreibepflicht vgl. weiter unten, 371ff.

² Germann, Richtlinien, 61

³ BGE 89 I 220

Ist hingegen die Zugabe ohne wirtschaftlichen Wert und wird sie unabhängig vom Kaufabschluss abgegeben, handelt es sich nicht um eine besondere Vergünstigung im Sinne der AVO. (BGE 90 IV 111, BGE 103 IV 217)

⁴ BGE 93 IV 110 wo eine solche Extraleistung in der Rücknahme alter Nähmaschinen bestand.

Lotterielosen bestehen.¹

Die besondere Vergünstigung bezieht sich auf die sonstigen, regulären Bedingungen des Veranstalters.² Aus diesem Grunde kann zwar ein besonders günstiges Angebot eines bestimmten Geschäftes vorliegen, im Vergleich zu regulären Konkurrenzangeboten muss es jedoch nicht unbedingt besonders vorteilhaft sein.³

Nach mehrheitlicher Lehrmeinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichtes soll sich die besondere Vergünstigung aus dem Vergleich mit den zukünftigen Kaufbedingungen ergeben.⁴

Der Blick in die Vergangenheit als massgebliches Vergleichskriterium hält hingegen David deshalb für unerlässlich, weil sonst die Total- und Teilausverkäufe gar nicht erfasst werden könnten.⁵ Dieser Meinung ist jedoch nicht beizupflichten;

¹BGE 97 IV 247

²Büren von, 225 N. 8

³Dieser Fall wird regelmässig zwischen Sonderveranstaltungen von Fachgeschäften im Vergleich zu Normalangeboten von entsprechenden Discount-Läden vorliegen.

⁴Flüeler, 79

Büren von, 225 N. 9

BGE 81 IV 195

BGE 91 IV 164

BGE 101 IV 347

⁵David, 273

denn auch bei Veranstaltungen der erwähnten Art lässt sich ein Vergleich mit der Zukunft anstellen, wobei in diesen Fällen gesagt werden kann, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Ware gar nicht mehr verkauft werden kann.¹ Die Meinung David's ist aber auch deshalb abzulehnen, weil sie bei Neueröffnungen keine Vergleichsmöglichkeit mit der Vergangenheit sieht und somit bei Ankündigungen spezieller Eröffnungsangebote nie eine der AVO unterstellte Veranstaltung zu erblicken vermag.² Es ist jedoch gerade der Zweck der AVO, auch diejenigen Veranstalter zu erfassen, welche bisher noch nie mit den in Frage stehenden Waren gehandelt haben, dies jedoch in Zukunft zu tun gedenken.³ Es kann demnach für die Frage, ob eine besondere Vergünstigung vorliegt, nur der Vergleich mit den zukünftigen Bedingungen massgebend sein.

Ot wird auf eine besondere Vergünstigung nur in ganz allgemeiner Art hingewiesen, so dass mitunter schwer zwischen üblicher Reklame und der Bekanntgabe einer besonderen, aus dem ordentlichen Rahmen fallenden Vergünstigung zu unterscheiden ist. Eine spezielle Vergünstigung wird jedenfalls immer dann in Aussicht gestellt, wenn

¹BGE 81 IV 194

²David, 273

³BGE 81 IV 194

in der Ankündigung der Ausdruck "Aktion" verwendet wird.¹ Dagegen genügt der blosse Ausdruck "günstig" für sich allein nicht zur Ankündigung besonderer Vergünstigungen, sofern die übrige Aufmachung sich im ordentlichen Rahmen hält und nicht in der für Aus- und Sonderverkäufe typischen reisserischen Art geschieht.² Nach der Praxis des Bundesgerichts kann auch der blosse Hinweis auf "Sommerpreise" nicht als Ankündigung besonderer Vergünstigungen betrachtet werden, wenn es sich um eine Ware mit stark saisonbedingten Preisen handelt.³ Beschränkt sich hingegen eine solche Bekanntmachung nicht auf den Hinweis der Sommerpreise, sondern wird gesamthaft der Eindruck eines Sonderverkaufes erweckt, liegt eine Ankündigung besonderer Vergünstigungen vor.⁴

Keine besondere Vergünstigung stellt der verbilligte Verkauf von Büchern vor ihrem Erscheinen dar; in solchen Fällen wird die verbilligte Abgabe dadurch gerechtfertigt, dass dem Käufer ein Risiko aus der Tatsache erwächst, dass er keine

¹ BGE 97 IV 234
BGE 93 IV 110
BGE 90 IV 113

² BGE 82 IV 210

³ BGE 101 IV 342

⁴ BGE 101 IV 342

Gelegenheit besitzt, den Kaufgegenstand vor Abschluss des Vertrages zu begutachten.¹ In Analogie zu solchen Subskriptionsangeboten bei Büchern will David auch bei verbilligter Abgabe von Produkten zu Einführungszwecken keine besondere Vergünstigung im Sinne der AVO erblicken, da auch hier der Käufer ein gewisses Risiko übernimmt.² Dem ist jedoch nur insoweit zuzustimmen, als der Käufer den Kaufgegenstand tatsächlich erst nach Vertragsabschluss einer Prüfung unterziehen kann, was bei Einführungsprodukten in der Regel nicht zutrifft.

E. Die vorübergehende Natur der Vergünstigung

Die angekündigte, besondere Vergünstigung muss zusätzlich den Eindruck erwecken, sie werde nur "vorübergehend" gewährt. Wer eine besondere Vergünstigung ankündigt, die für die Zukunft dauernd Geltung haben soll, gibt somit keine der AVO unterstellte Veranstaltung bekannt.³ Das Wort "vorübergehend" in Art. 1 Abs. 1 AVO ist als

¹BGE 91 IV 162

²David, 273

³Büren von, 226 N. 11

Gegensatz zu "dauernd" zu betrachten.¹ Dabei kommt es nicht so sehr auf die kurze Dauer der Veranstaltung als vielmehr auf deren Einmaligkeit an. Es geht somit um das Heraustreten aus dem normalen Geschäftsgang, um die Aussergewöhnlichkeit der Veranstaltung. Daran ändert sich auch nichts, wenn solche Veranstaltungen mehr als einmal durchgeführt werden.² Keine besonderen Probleme ergeben sich dann, wenn die Ankündigung ganz konkrete Hinweise auf die bloss vorübergehende Natur der Vergünstigung enthält; dies ist etwa der Fall, wenn das Ende der Veranstaltung datummässig bekanntgegeben wird.³ Der zeitlich beschränkte Charakter der Vergünstigung wird aber auch klar ersichtlich, wenn in der Ankündigung Ausdrücke wie "Weihnachts-Sparangebot",⁴ "Eintauschaktion",⁵ "Aktion"⁶ oder aber "beeilen Sie sich",⁷ "nur ganz kurze Zeit" verwendet werden. Auf eine ähnliche Art wird auf die zeitliche Befristung hingewie-

¹ SJZ 64, 237

² Was bei den Sonderverkäufen regelmässig der Fall ist.
BGE 91 IV 163

³ BGE 91 IV 164
Flüeler, 79

⁴ BGE 76 IV 187

⁵ BGE 93 IV 110

⁶ BGE 90 IV 113

⁷ David, 270

sen, wenn Waren zu Vorzugspreisen infolge "abgelaufener Lagerfrist",¹ "wegen Umbaues"² und ähnlichen Gründen angeboten werden.

Wie bereits dargetan, ist eine mehr oder weniger ausdrückliche zeitliche Befristung der besonders günstigen Kaufgelegenheit nicht erforderlich; es genügt vielmehr, beim Konsumenten den subjektiven Eindruck zu erwecken, das spezielle Angebot werde nur zur Zeit aufrecht erhalten.³ Es genügt deshalb, wenn sich die zeitliche Befristung aus den Umständen, unter denen die öffentliche Ankündigung erfolgt, ergibt. So liegt ein zeitlich befristetes Angebot dann vor, wenn auf das Saisonende hin entsprechende Modeartikel zu besonders günstigen Bedingungen angeboten werden; der Käuferschaft ist nämlich ohne Zweifel bekannt, dass der Verkauf solcher Saisonartikel zeitlich beschränkt und damit auch die besondere Vergünstigung nur vorübergehend gewährt wird.⁴ Ähnlich ist auch die aussergewöhnliche Schaufenstereinrichtung zu Beginn und während der Sonderverkaufszeit durchaus geeignet, beim Publikum den Eindruck einer befristeten, besonders vor-

¹BGE 83 IV 57

²Flüeler, 79

³BGE 95 IV 160

⁴BGE 95 IV 160

BGE 82 IV 115

teilhaften Einkaufsmöglichkeit hervorzurufen.¹ Eine zeitliche Befristung der Veranstaltung kann sich schliesslich aus dem Hinweis auf die bloss beschränkte Warenmenge, welche zu besonders günstigen Bedingungen abgegeben wird, ergeben. So hielt das Bundesgericht in einem konkreten Fall fest, es handle sich um eine vorübergehende Kaufgelegenheit, wenn das Angebot beschränkt (hier 25 000 Meter Stoff) und der Verkaufsbeginn auf einen bestimmten Tag festgelegt sei.² Ähnlich argumentierte das Gericht, es handle sich um eine vorübergehende Vergünstigung, wenn das Wort "nur" den Preisen vorangestellt und zugleich auf die begrenzte Anzahl der zur Verfügung stehenden Ware hingewiesen werde.³ Diese Meinung, wonach allein schon der Hinweis auf den beschränkten Warenvorrat auf die zeitliche Befristung hindeute, ist in neuester Zeit nicht unangefochten geblieben. In einem neueren Urteil hält das Basler Appellationsgericht fest, der Hinweis "solange Vorrat" deute nicht auf die vorübergehende Natur hin. Dies deshalb, weil die Dauer der Vergünstigung nicht vom Willen des Ver-

¹Man denke etwa an überdimensionierte Preisanschriften, verbunden mit grellen Farbplakaten und ähnliches. Nicht jede auffällige Werbung ist jedoch bereits deshalb geeignet, eine besonders vorteilhafte Kaufgelegenheit bekanntzugeben (SJZ 1971, Nr. 67; ZR 73, 48).

²BGE 81 IV 195

³BGE 78 IV 125

käufers, sondern vom Umsatz, also vom Interesse der Kundschaft am Angebot abhänge.¹ Bei der Beurteilung der Bedeutung, welche dem Hinweis auf den beschränkten Warenvorrat zukommt, muss u.E. differenziert vorgegangen werden. Wird ein Warenvorrat gerade deshalb als besonders günstig angepriesen, weil er aus bestimmten Gründen geräumt werden soll, ist die Mengenangabe geeignet, den Eindruck eines zeitlich begrenzten Angebots zu erwecken.² Wird dagegen, wie etwa im erwähnten Urteil des Basler Appellationsgerichts, nicht ein Räumungswille, sondern lediglich der Hinweis "solange Vorrat" bekanntgegeben, muss entscheidend sein, welcher Eindruck damit beim Durchschnittsadressaten geweckt wird. Wer ankündigt, das günstige Angebote nur solange aufrecht erhalten zu können, als er noch Waren zur Verfügung habe, teilt eigentlich mit, dass er zu einem bestimmten Zeitpunkt keine der in Frage stehenden Ware mehr besitzt. Dies bedeutet für den Kaufinteressenten, dass er die Gelegenheit frühzeitig benützen muss, will er nicht Gefahr laufen, keine Ware mehr zu erhalten. Daran ändert auch nichts, dass der Zeitpunkt, in welchem die letzte Ware verkauft sein wird, nicht vom Willen

¹Basler Appellationsgericht (Ausschuss) Urteil vom 8.8.1974 in Sachen H.

²BGE 83 IV 57

des Verkäufers, sondern vom Interesse der Käufer bestimmt wird. Daraus geht aber hervor, dass auch der blosser Hinweis "solange Vorrat" geeignet ist, auf die vorübergehende Natur der Kaufveranstaltung hinzuweisen.¹

Werden besondere Vergünstigungen wiederholt gewährt und bilden sie somit eine ständige Einrichtung des normalen Geschäftsganges, kommt ihnen nicht vorübergehender Charakter im Sinne der AVO zu.² Eine ähnliche, sich wiederholende Gelegenheit besonders günstiger Einkaufsmöglichkeiten stellen auch die regelmässigen Restpaar- oder Restenverkäufe dar.³ Gemäss den (immer noch geltenden) Richtlinien des BIGA gilt diese Betrachtung vorbehaltlos jedoch nur für Ankündigungen, welche ausserhalb der Sonderverkaufszeit erfolgen und wenn sie nicht in einer für solche Veranstaltungen kennzeichnenden Weise aufgemacht sind.⁴

¹ a.M. David, 271

² Entscheid Obergericht Kanton Zürich, SJZ 64, 238
In diesem Entscheid ging es um eine Werbeaktion, in welcher die Firma Denner AG ankündigte, sie gewähre von jetzt an auf die Einkäufe an einem jeweils im voraus bekanntgegebenen Halbtage jedes Monats einen Doppelrabatt.

³ BGE 53 I 197

⁴ näheres bei Giger, 238

KAPITEL 5:

D I E B E W I L L I G U N G

I. Allgemeines

Gemäss Art. 17 Abs. 1 UWG bedürfen die öffentliche Ankündigung und die Durchführung von Ausverkäufen oder ähnlichen Veranstaltungen einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Diese grundsätzliche Pflicht ist in den Art. 4 - 8 AVO näher umschrieben. Wie bereits weiter oben dargetan, kann in bestimmten Fällen der Zugang oder die Ausübung einer Tätigkeit aus polizeilichen Gründen vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden.¹ Damit soll die Entstehung gewisser mit der betreffenden Tätigkeit regelmässig verbundener Gefahren für die Allgemeinheit nach Möglichkeit schon zum voraus verhindert werden.² Diese Gefahren müssen jedoch über die mit bestimmten Tätigkeiten verbundenen normalen Risiken hinausgehen, sie müssen somit erheblich sein.³ Die Unterstellung einer

¹vgl. weiter oben, 130f.

²Lyk, 12

³Marti, 100 N. 170

Tätigkeit unter eine Bewilligungspflicht stellt eine Präventivmassnahme dar; durch eine vorgängige Kontrolle soll abgeklärt werden, ob die aus polizeilichen Gründen an eine Tätigkeit gestellten Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind. Eine solche Bewilligung muss erteilt werden, wenn die aus berechtigten polizeilichen Gründen an sie gestellten Anforderungen erfüllt sind.¹ Dieser Erlaubnis, die Tätigkeit auszuüben, kommt jedoch bloss feststellende Bedeutung zu, sie vermittelt somit kein wohlerworbenes Recht.² Wo die Ausübung eines Gewerbes von einer entsprechenden Bewilligung abhängig gemacht wird, spricht man auch von einem "Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt".³ Diese Bezeichnung für bewilligungspflichtige Tätigkeiten birgt jedoch zumindest die Gefahr der falschen Vorstellung in sich, diese Tätigkeiten seien verboten und würden erst durch Erteilung der Bewilligung zu erlaubten gemacht. Dies trifft indessen nicht zu; vielmehr stehen auch bewilligungspflichtige Tätigkeiten unter dem Schutz der HGF und sind daher grundsätzlich erlaubt; die Bewilligung stellt lediglich fest, dass der Ausübung des Gewerbes aus

¹ Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 47

² Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 47

³ Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 46

polizeilichen Gründen nichts im Wege steht.¹ Gleich aller übrigen polizeilichen Einschränkungen der HGF hat auch die Bewilligungspflicht, soll sie als zulässige Schranke von der HGF Bestand haben, den allgemeinen Erfordernissen des Polizeirechts zu genügen. So müssen die Voraussetzungen, welche an die Erteilung der Bewilligung gestellt werden, in materiellen Gesetzen verankert sein; zudem haben sie den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit zu genügen und müssen im Interesse der Allgemeinheit liegen. Wie bereits gesehen, werden die Verkaufsarten von Aus- und Sonderverkauf nicht selten zu Schwindelverkäufen benutzt, weshalb eine solchen Mächenschaften vorbeugende Massnahme als zweckmässig und nötig erscheint.² Als hierzu geeignetes Mittel wurde von Anfang an die Bewilligungspflicht betrachtet, deren Zulässigkeit im Bereiche des Aus- und Sonderverkaufs heute kaum mehr ernsthaft in Frage gestellt wird.³ Im Falle der Aus- und Sonderverkäufe soll die Bewilligungspflicht das polizeiliche

¹ Lyk, 16
H. Marti, 101 N. 171

² H. Frey, 86

³ BGE 54 I 12
Wydler, 29
BGE 101 Ib 145: Dieser Entscheid ist deshalb interessant, weil er ausdrücklich festhält, neben wirtschaftspolizeilichen Motiven sei die Bewilligungspflicht auch aus wirtschaftspolitischen Momenten zum Schutze der Klein- und Mittelbetriebe zulässig.

Gut von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr schützen.¹ Dabei sind sowohl die Interessen der Mitkonkurrenten als auch diejenigen der Konsumenten schützenswert. Die Bewilligungspflicht erscheint zur Erfüllung dieses Zwecks als einzig wirksame Massnahme, dies im Gegensatz zur blossen Anzeigepflicht, welche zwar weniger einschneidend als die Bewilligungspflicht wirkt, gleichzeitig aber auch eine umfassende Kontrolle bereits vor der Veranstaltung verunmöglicht.²

Bei der Bewilligung nach Art. 17 Abs. 1 UWG und Art. 4ff. AVO handelt es sich um eine solche, welche die öffentliche Ankündigung und Durchführung einer einzigen Veranstaltung erlaubt. Neben einer derartigen Einzelbewilligung ist auch eine generelle für bestimmte Veranstaltungen denkbar. Diese Art von Bewilligung ist denn auch fakultativ für die Durchführung von Sonderverkäufen vorgesehen.³ Die Bewilligungspflicht steht nicht zuletzt auch im Interesse des Veranstalters selbst, gibt sie ihm doch Gewissheit über die Zulässigkeit der von ihm geplanten Veranstaltung.⁴

¹Wydler, 30
Flüeler, 86

²Germann, Vorschläge, 198

³Art. 26 Ziff. 1 AVO
vgl. weiter unten, 224f.

⁴Germann, Vorarbeiten, 44

II. Geltungsbereich der Bewilligung

A. In sachlicher Hinsicht

Gemäss Art. 4 Abs. 1 AVO ist eine Bewilligung für sämtliche Arten der unterstellten Veranstaltungen nötig, somit namentlich auch für die Sonderverkäufe. Liegt die Bewilligung vor, so berechtigt sie sowohl zur öffentlichen Ankündigung als auch zur Durchführung einer einzelnen Veranstaltung.¹ Diese Regelung verdeutlicht, dass im Grunde nur die öffentliche Ankündigung einer Bewilligung bedarf, da nämlich, wie bereits festgestellt, Veranstaltungen, welche nicht öffentlich angekündigt werden, gar nicht der AVO unterstellt sind.²

B. In örtlicher Hinsicht

Die erteilte Bewilligung berechtigt zur öffentlichen Ankündigung der Veranstaltung in der ganzen Schweiz.³ Mit dieser Regelung wurde der alte Streit zwischen den Kantonen über die Frage, ob die in einem Kanton erteilte Bewilligung auch zur Ankündigung in einem anderen berechtigte, beigelegt.⁴

¹BGE 101 Ib 144

²vgl. weiter oben, 179

³Art. 4 Abs. 1 AVO
Ankündigungen im Ausland haben nach Massgabe des dort geltenden Rechts zu erfolgen.

⁴Germann, Vorschläge, 204ff.

Ob auch Veranstaltungen, die im Ausland durchgeführt werden, bei ihrer öffentlichen Ankündigung in der Schweiz einer Bewilligung bedürfen, überlässt der Verordnungsgeber den einzelnen Kantonen.¹ Erfahrungsgemäss haben solche Ankündigungen vorab in den stark städtischen Grenzkantonen eine gewisse Bedeutung. So kennen die Kantone BS, BL, SG, SH und TG eine solche Bewilligungspflicht.² Während sich die Kantone TG und SG darauf beschränken, eine generelle Bewilligungspflicht für solche Ankündigungen zu statuieren, kennen die beiden Basler Kantone sowie der Kanton SH eine differenziertere Regelung, nach welcher die Bewilligung nur dann erteilt wird, wenn die Veranstaltung dem entsprechenden ausländischen Recht entspricht und dieser Staat zudem Gegenrecht hält.

Im Gegensatz zur Ankündigung erlaubt die Bewilligung eine Durchführung nur in dem Kanton, welcher die Bewilligung erteilt.³ Diese Regelung erscheint sinnvoll, da eine wirksame Anfangskontrolle und Ueberwachung der Veranstaltung nur am Ort ihrer Durchführung möglich ist.⁴ Mehrere voneinander

¹ Art. 26 Ziff. 5 AVO; über die Zulässigkeit dieser Bestimmung vgl. weiter unten, 304f.

² Kt. BS (V § 6); Kt. BL (V § 8); Kt. SG (V § 14); Kt. SH (V § 7); Kt. TG (V § 10);

³ e contrario aus Art. 4 Abs. 1 AVO

⁴ Flüeler, 94

unabhängige Bewilligungen sind auch dann einzuholen, wenn es sich um ein einziges Geschäft mit mehreren Verkaufsstellen in verschiedenen Kantonen handelt.¹ Ob hingegen für eine Veranstaltung, die sich auf mehrere Verkaufsstellen oder Filialen im gleichen Kanton erstreckt, ebenfalls mehrere Bewilligungen einzuholen sind, hängt davon ab, ob das Verfahren im entsprechenden Durchführungskanton eine einheitliche Gesamtbewilligung zulässt oder nicht.

Eine besondere Regelung, die der speziellen Verkaufsform Rechnung trägt, findet sich für Aus- und Sonderverkäufe, welche von Versandgeschäften durchgeführt werden. Da solche Geschäftshäuser die Waren von ihrem Sitz aus an die Kunden versenden und nicht über eigentliche Verkaufsstellen verfügen, berechtigt die am Sitz des Unternehmens eingeholte Bewilligung zur Durchführung der Veranstaltung in der ganzen Schweiz.² Somit können Waren aus Aus- und Sonderverkäufen an Kunden in der ganzen Schweiz verschickt werden, wenn eine entsprechende Bewilligung vom Kanton, in welchem sich der Sitz der Firma befindet, eingeholt wurde. Diese Lösung ist zweckmässig, weil allein am Sitz

¹ Art. 4 Abs. 2 AVO

Die gleiche Regelung greift erst recht dann Platz, wenn es sich nicht um Verkaufsstellen, sondern um selbständige Filialen des gleichen Geschäftes handelt.

² Art. 4 Abs. 1 AVO

des Geschäftes eine Kontrolle durchgeführt werden kann. Verfügt ein Versandgeschäft hingegen neben seinem Sitz noch über weitere eigentliche Verkaufsstellen, kann es nicht mehr als Versandgeschäft im Sinne der AVO betrachtet werden.¹

III. Inhalt und Form der Bewilligung

Die von der zuständigen kantonalen Behörde erteilte Bewilligung soll für einen Total-Teilausverkauf oder für einen Sonderverkauf ausgestellt werden und daneben Beginn und Dauer der Veranstaltung bezeichnen. Bei Ausverkäufen sind zudem die in die Veranstaltung einbezogenen Waren, Warengattungen oder Verkaufsabteilungen anzugeben.² Mit diesen vorgesehenen Minimalangaben soll erreicht werden, dass auch der Gesuchsteller genau weiss, in welchem Rahmen er die Veranstaltung durchzuführen berechtigt ist.³ Aus dem gleichen Grund muss denn auch gefordert werden, dass Auflagen oder andere beschränkende Bedingungen, mit der die Bewilligung verknüpft ist, dem Gesuchsteller mit der Bewilligung zur Kenntnis gebracht werden. So sieht etwa die Regelung im Kanton AG vor, dass bei Total- oder Teilausverkäu-

¹Erläuterungen, 25

²Art. 5 Abs. 2 AVO

³Erläuterungen, 26
Flüeler, 89

fen der Gesuchsteller auf das damit verbundene Geschäftseröffnungsverbot bzw. auf die Sperrfrist aufmerksam gemacht wird und mittels Rücksendung des von ihm unterschriebenen Doppels bestätigen muss, davon Kenntnis genommen zu haben.¹ Im Kanton TG ist in der Bewilligung neben dem Minimalinhalt gemäss Art. 5 Abs. 2 AVO zusätzlich die im konkreten Fall zu bezahlende Gebühr sowie der Hinweis auf den notwendigen Inhalt der Ankündigung anzugeben.² Nach dem Gesagten dürfte es zweckmässig sein, in die Bewilligung sämtliche für den konkreten Fall massgeblichen Angaben und Auflagen aufzunehmen und dem Gesuchsteller in schriftlicher Form zu überlassen.³

IV. Erteilung der Bewilligung

Sind die an die Bewilligung gestellten Voraussetzungen erfüllt, muss die Erteilung erfolgen. Zulässig sind dabei nur solche Voraussetzungen, die den allgemeinen Grundsätzen des Polizeirechts zu genügen

¹Kt. AG (V § 9)

²Kt. TG (V § 5)

³Einen ausdrücklichen Hinweis auf die verlangte schriftliche Form der Bewilligung findet sich in der Regelung des Kt. NE (V Art. 12).

vermögen.¹ Anders ausgedrückt muss die Bewilligung stets dann erteilt werden, wenn keine Verweigerungsgründe vorliegen.² Es wird weiter unten noch im Einzelnen zu prüfen sein, ob die in zeitlicher, sachlicher und örtlicher Hinsicht an die Bewilligungserteilung gestellten Anforderungen berechtigten polizeilichen Zwecken dienen.³ Da die Erteilung der Bewilligung lediglich einen Akt darstellt, mit welchem das Vorhandensein aller Voraussetzungen für die Ankündigung und Durchführung einer Veranstaltung festgestellt wird, kann dieselbe auch noch nachträglich erfolgen;⁴ dies jedoch nur dann, wenn die Veranstaltung hinsichtlich aller vorgesehenen einschränkenden Bestimmungen zulässig war. Daraus folgt, dass eine nachträgliche Erteilung der Bewilligung z.B. dann nicht mehr möglich ist, wenn der Beginn eines Totalausverkaufs in der Zeit zwischen dem 15. November und 14. Januar erfolgte, da in dieser Zeit gemäss Art. 9 Abs. 1 AVO keine solchen Veranstaltungen begonnen werden dürfen. Wird festgestellt, dass eine bewilligungspflichtige Veranstaltung zwar ohne Bewilligung, hingegen vollkommen rechtmässig durchgeführt wurde, sodass die Bewilligung nachträglich erteilt werden kann, muss

¹ Lyk, 65ff.

² Art. 5 Abs. 1 AVO

³ vgl. weiter unten, 251ff.

⁴ Giger, 255

der Veranstalter trotzdem strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.¹

V. Verweigerung der Bewilligung

Sind im konkreten Fall die Anforderungen, welche aus berechtigten polizeilichen Gründen an die Erteilung einer Bewilligung gestellt werden, nicht erfüllt, ist die Bewilligung zu verweigern. Dem Verweigerungsgrund kommt somit rechtlich die gleiche Bedeutung zu, wie der Erteilung, zudem festgestellt wird, dass die polizeilichen Voraussetzungen eben nicht erfüllt sind.² Die Verweigerungsgründe hat der Verordnungsgeber in einer Generalklausel umschrieben, welche bereits im Gesetz über den unlauteren Wettbewerb enthalten ist.³ Gemäss dieser Generalklausel ist die Bewilligung zu verweigern, "soweit es die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern".⁴ Daraus geht hervor, dass der anständige Wettbewerb geschützt werden soll und Veranstaltungen verhindert werden müssen, welche den Anforderungen einer solchen nicht zu genügen ver-

¹ Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO

² Flüeler, 90

³ Art. 17 Abs. 2 UWG
Art. 6 AVO

⁴ Art. 6 Abs. 1 AVO

mögen.¹ Neben der Generalklausel nennt die AVO konkrete Fälle, die einen Verweigerungsgrund darstellen können.² Trotz dieser nicht abschliessenden Aufzählung, welche der Behörde als Richtlinie zur Anwendung der Generalklausel zu dienen hat,³ liegt letztlich der Entscheid über die Verweigerung im Ermessen der anwendenden Behörde. Dabei bedeutet dieses Ermessen nichts anderes, als dass die zuständige Behörde im Rahmen der vorgegebenen Richtlinien einen möglichst sinngemässen Entscheid im Einzelfall zu fällen hat. Eine Verweigerung darf somit nur im richtig verstandenen polizeilichen Interesse erfolgen;⁴ dies bedeutet, dass eine Verweigerung nur dann zulässig erscheint, wenn die Veranstaltung keine oder eine nur unzureichende Gewähr für die Innehaltung von Treu und Glauben bietet. Was unter dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verstehen ist, verdeutlichen die konkreten Beispiele, welche in Art. 6 lit. a - d AVO als mögliche Verweigerungsgründe angeführt sind. Selbst bei Vorliegen eines solchen Falles ist es jedoch der Behörde anheimgestellt, ob sie die Bewilligung ver-

¹Germann, Vorschläge, 186

²Art. 6 lit. a - d AVO

³Giger, 255
Erläuterungen, 26

⁴Flüeler, 93

weigern will oder nicht.¹

Insbesondere kann die Bewilligung verweigert werden, wenn die Voraussetzungen, welche in der AVO und in den allfällig bestehenden kantonalen Vorschriften gemäss Art. 24 - 26 AVO statuiert sind, nicht erfüllt werden.² Dies trifft dann zu, wenn die Beschränkungen der Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen in zeitlicher, sachlicher oder örtlicher Hinsicht oder die Bestimmungen über die Ankündigung und das Geschäftseröffnungsverbot nicht eingehalten werden. Daneben ist die Bewilligung zu verweigern, wenn zulässige kantonale Bestimmungen nicht beachtet werden.³

Die Bewilligung kann auch verweigert werden, "wenn durch die Verkaufsveranstaltung die Käufer irregeführt oder übervorteilt oder wenn unlautere Mittel angewandt werden sollen".⁴ Im weiteren kann die Bewilligung verweigert werden, "wenn der Gesuchsteller durch unwahre oder irreführende Angaben eine

¹In Art. 6 AVO ist denn auch ausdrücklich festgehalten, dass die Bewilligungen in den Fällen lit. a - d dieses Artikels verweigert werden "kann".

²Art. 6 lit. a AVO

³Erläuterungen, 27

⁴Art. 6 lit. b AVO

Bewilligung zu erwirken versucht.¹ Es ist offensichtlich, dass solche Machenschaften verhindert werden müssen; indessen ist dies nur möglich, wenn das kantonale Bewilligungsverfahren wirksame Kontrollen bereits vor Beginn der Veranstaltung vorsieht. Schliesslich kann die Bewilligung auch verweigert werden, "wenn der Gesuchsteller innert der letzten drei Jahre vor Einreichung des Gesuches wegen eines Vergehens im Sinne von Art. 13 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb oder wegen vorsätzlicher Widerhandlung gegen die Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen rechtskräftig verurteilt worden ist."² Mit diesem Verweigerungsgrund soll erreicht werden, dass auch die Person des Gesuchstellers die nötige Gewähr für eine gesetzeskonforme Durchführung der Veranstaltung bietet. Besonders grossen Betrieben bietet sich jedoch die Möglichkeit, für die einzelnen Veranstaltungen jeweils verschiedene verantwortliche Personen als Gesuchsteller zu bezeichnen und somit die Bestimmung zu unterlaufen. Da ähnliche Möglichkeiten einem kleinen Betrieb nicht offen stehen, ist die Bestimmung bereits aus diesem Grunde als rechtsungleich abzulehnen. Daneben dürfte indessen auch die Kontrolle der Frist von drei Jahren mit Schwierigkeiten verbun-

¹Art. 6 lit. c AVO

²Art. 6 lit. d AVO

den sein, da Vorstrafen, die vor Ablauf dieser Frist gelöscht werden, in einem neuen Bewilligungsverfahren (also einem Verwaltungsverfahren) gar nicht mehr zum Vorschein kommen.

Eine Bewilligung darf grundsätzlich nur verweigert werden, wenn der notwendige polizeiliche Zweck mit einer weniger einschneidenden Massnahme nicht erreicht werden kann. Die Ausverkaufsverordnung sieht daher vor, statt einer Verweigerung der Bewilligung eine Erteilung "mit Auflagen oder anderen beschränkenden Bedingungen" zu ermöglichen.¹ Bei solchen Nebenanordnungen handelt es sich rechtlich durchwegs um Auflagen, da eine Bewilligungserteilung, welche jedoch erst nach Erfüllen einer bestimmten Bedingung zur Ausübung der Tätigkeit berechtigt, nicht als sinnvoll erscheint.² Wird eine Bewilligung erteilt, jedoch mit bestimmten Auflagen verbunden, so können letztere nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden.³

VI. Entzug der Bewilligung

Im Gegensatz zur Verweigerung der Bewilligung nennt die AVO die Entzugsgründe abschliessend. Damit wird

¹Art. 6 AVO

²Flüeler, 93

³vgl. weiter unten, 327ff.

der Rechtssicherheit und der Billigkeit Rechnung getragen.¹ Die Bewilligung kann entzogen werden, "wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch unwahre oder irreführende Angaben erwirkt hat".² Analog zur Vorschrift in Art. 6 lit. c AVO kann der Entzug jedoch nur dann erfolgen, wenn gerade die unwahre oder irreführende Angabe zur Erteilung der Bewilligung geführt hat. Weiter muss es sich um Angaben des Gesuchstellers handeln; blosses Stillschweigen reicht als Entzugsgrund im Sinne der in Frage stehenden Bestimmung der AVO nicht aus. Als zweiten Entzugsgrund nennt die AVO das Zuwiderhandeln des Gesuchstellers gegen "Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen" oder gegen "Verfügungen der zuständigen Behörden" während der Durchführung der Verkaufsveranstaltung.³

Auch beim Entzug der Bewilligung bleibt es jedoch der zuständigen Behörde überlassen, ob sie diesen in einem konkreten Fall, in welchem einer der beiden Entzugsgründe vorliegt, vollziehen will.⁴ Auch beim Entzug der Bewilligung erhält damit das Ermessen der Behörde eine grosse Bedeutung. Infolge der abschlies-

¹Erläuterungen, 28

²Art. 7 Abs. 1 lit. a AVO

³Art. 7 Abs. 1 lit. b AVO

⁴bei Art. 7 Abs. 1 AVO handelt es sich ebenso wie bei Art. 6 AVO um eine "Kann" Vorschrift.

send aufgezählten Entzugsgründe kann ein erst nachträglich festgestellter Verweigerungsgrund nur zum Entzug führen, wenn er wegen irreführenden oder unwahren Angaben des Gesuchstellers verborgen blieb.¹ Beruht hingegen die erst nachträgliche Entdeckung eines Verweigerungsgrundes auf mangelhafter Kontrolle, kommt ein Entzug der Bewilligung nicht in Frage.²

Wird die Bewilligung entzogen, hat der Gesuchsteller eine bereits begonnene Veranstaltung unverzüglich abzubrechen. Hingegen ist ihm ein Weiterverkauf im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges nicht verwehrt. Der Abbruch der Veranstaltung kann im Bedarfsfall mit Verwaltungszwang vollzogen werden, wobei nötigenfalls die vorübergehende Schliessung des Geschäftes veranlasst werden kann.³ Wird die Bewilligung zu einem Total- oder Teilausverkauf entzogen, darf andererseits gegenüber dem Gesuchsteller kein Geschäftseröffnungsverbot bzw. eine Sperrfrist im Sinne von Art. 16 AVO ausgesprochen werden; dies, weil in einem solchen Fall der Veranstalter seine Waren nicht zu Ende verkaufen kann.

¹Art. 7 Abs. 1 lit. a AVO

²Flüeler, 99

³Art. 24 Abs. 2 AVO

Mit dem Entzug der Bewilligung kann die Veröffentlichung desselben angeordnet werden.¹ Auch diese Vorschrift ist fakultativ und nur in solchen Fällen sinnvoll, in denen eine öffentliche Ankündigung oder eine Veröffentlichung der Bewilligungserteilung erfolgt ist.² Die Art und Weise der Veröffentlichung ist dabei den Kantonen überlassen.³

VII. Das Bewilligungsverfahren

Die Ordnung des Bewilligungsverfahrens obliegt den Kantonen.⁴ Zur Erteilung, Verweigerung oder zum Entzug einer Bewilligung ist derjenige Kanton zuständig, in welchem die Veranstaltung durchgeführt wird.⁵ Den Kantonen obliegt es zunächst, die nötigen Bestimmungen betreffend das Bewilligungsgesuch zu erlassen; dabei sind sie insbesondere befugt, Vorschriften über den Inhalt des Gesuchs aufzustellen.⁶ Wie der

¹ Art. 7 Abs. 2 AVO

² Erläuterungen, 28

³ Eine Veröffentlichung des Entzugs sehen vor:
Kt. BL (V § 10); Kt. BS (V § 7); Kt. TG (V § 7, wo neben der Veröffentlichung im Amtsblatt auch eine solche in lokalen Zeitungen in Frage kommt).

⁴ Art. 4 Abs. 1 AVO

Art. 24 Abs. 1 AVO

⁵ Zur abweichenden Regelung beim Versandgeschäft, vgl. 205f.

⁶ Art. 25 Abs. 1 lit. a AVO

Tabelle II entnommen werden kann, bestehen denn auch in allen Kantonen zum Teil recht ausführliche Bestimmungen über den notwendigen Inhalt des Bewilligungsgesuches.¹

Neben Bestimmungen über den Inhalt des Bewilligungsgesuches kommen auch Vorschriften über die Frist, innert welcher das Gesuch eingereicht werden muss, in Frage. Auch diesbezügliche Bestimmungen haben polizeilichen Charakter, da eine sorgfältige Kontrolle auch die nötige Zeit erfordert; sie sind somit ohne weiteres zulässig.²

Etliche Kantone sehen zudem bei Total- oder Teilausverkäufen das Erstellen von Inventaren über die einbezogenen Waren vor, welches ohne Zweifel die Kontrolle über den Warenschub erleichtert.³

Unzulässig erscheint dagegen das Erfordernis ebensolcher Inventare bei Sonderverkäufen, da hier das Verbot des Warenschubs keine Geltung hat.⁴ Die Kantone sind im übrigen auch frei in der Bestimmung der für die Bewilligungserteilung zuständigen Behörde. Es sind denn auch in den einzelnen Kantonen

¹ siehe TABELLE II, 218; 219

² siehe TABELLE III, 220, 221

³ Art. 25 Abs. 1 lit. b AVO, siehe TABELLE IV, 223, 224

⁴ Ein dergestalt unzulässiges Inventarerfordernis bei Sonderverkäufen sehen vor: Kt. AR (V Art. 2); Kt. TG (V § 3); Kt. NW (V Art. 4).

KANTONE	<u>Notwendiger Inhalt des Bewilligungsgesuches</u>		
Obwalden	V Art.	5:	Angaben über Art und Zeitdauer der Veranstaltung
App Ausserr.	V Art.	2:	Angaben über Art und Zeitdauer der Veranstaltung, Grund der Veranstaltung bei allen Arten
Nidwalden		-----	
Basel-land	V §	4:	Bezeichnung der Firma und Angaben über Geschuchsteller, Angaben über Art und Zeitdauer Angabe der Anzahl der im Geschäft beschäftigten Personen, Bezeichnung des Verkaufslokals
Aargau	V §	8:	Bezeichnung der Firma und Angaben über Geschuchsteller, Angaben über Art und Zeitdauer der Veranstaltung
Uri		-----	
Tessin	R Art.	4:	Bezeichnung der Firma und des Geschuchstellers Verkaufslokal, Art des Verkaufs, Grundangabe bei Total- und Teilausverkäufen, bei Sonderverkäufen Anzahl der Beschäftigten
Schwyz	V §	4:	Bezeichnung der Firma und des Geschuchstellers Angaben über Art und Dauer der Veranstaltung Grundangabe bei Totalausverkäufen, Bezeichnung des Verkaufslokals, Angaben über die letzte, durchgeführte Veranstaltung
Solothurn	V §	3:	Bezeichnung der Firma und des Geschuchstellers Angaben über Art und Zeitdauer der Veranstaltung, Angaben über Anzahl der Beschäftigten, Bezeichnung des Verkaufslokals
Glarus	G Art.	18:	Bezeichnung von Firma und Geschuchsteller Bezeichnung des Verkaufslokals
Graubünden	V Art.	2:	Bezeichnung der Firma und des Geschuchstellers Angaben über die Anzahl der im Geschäft Beschäftigten, Bezeichnung des Verkaufslokals
Waadt	G Art.	35:	Bezeichnung des Geschäftslokals, Grund der Veranstaltung bei Total- und Teilausverkäufen
Zug	G §	10:	Art und Dauer der Veranstaltung, Standort der Waren bei Total- und Teilausverkäufen, Grund der Veranstaltung bei Total- und Teilausverkäufen

KANTONE

Notwendiger Inhalt des Bewilligungsgesuches

Neuenburg	V Art.	3:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, Datum der Geschäftseröffnung,
Genf	G Art.	7:	Standort der Ware, Grundangabe bei Ausverkäufen,
Basel-Stadt	V §	2:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, Bezeichnung Wareneigentümer, Angaben über Anzahl der Beschäftigten, Bezeichnung Verkaufslokal
St. Gallen	V Art.	1:	Bezeichnung Art und Dauer der Veranstaltung, Grund der Veranstaltung bei Totalausverkauf, Angabe über Verkaufslokal und Höhe der gewährten Vergünstigung
Zürich	V §	2:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, bei Ausverkäufen der Grund der Veranstaltung, bei Sonderverkäufen mutmasslicher Umsatz
Schaffhausen	V §	2:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, Bezeichnung Verkaufslokal,
Thurgau	V §	3:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, Angabe des Verkaufswertes der Waren, Bezeichnung Verkaufslokal, Angabe der letzten Veranstaltung,
Wallis	V Art.	3:	Bezeichnung Firma und Gesuchsteller, Art und Dauer der Veranstaltung, Standort der Ware, Verkaufsgründe, Gutachten der Gemeinde,
Bern/Jura	G Art.	26:	Art des Verkaufs, Beginn, Verkaufspreise, Angabe über Verkaufsort, bei Ausverkäufen Grund der Veranstaltung
Fribourg	V Art.	10:	Angabe der Warengattung bei Total- und Teilausverkäufen
App. Innerr.	V Art.	3:	Art des Verkaufs, bei Ausverkäufen Grundangabe, Bezeichnung Verkaufslokal, Zeitdauer, Wert der Waren
Luzern	V §	2:	Wortlaut der Ankündigung ist beizulegen

KANTONE		<u>Frist zur Einreichung des Bew. Gesuches</u>		
Obwalden	V Art.	5:	Ausverkauf: 3 Wochen vor Beginn der Veranstaltung	
			Ausnahmeverkauf: 3 Wochen vor Beginn der Veranstaltung	
App Aus- serr.	V Art.	2:	14 Tage vor Beginn für alle Veran- staltungen	
Nidwalden	V Art.	4:	3 Wochen vor Beginn	
Basel- land	V §	3:	zwei Wochen vor dem in Aussicht ge- nommenen Beginn	
	V §	8:	Das Gesuch ist "rechtzeitig" einzu- reichen	
Uri			----	
Tessin	R Art.	3:	15 Tage vor Beginn	
Schwyz	V §	4:	mindestens 20 Tage vor Beginn der Ver- anstaltung	
Solo- thurn	V §	2:	14 Tage vor dem in Aussicht genommenen Beginn	
Glarus	G Art.	18:	mindestens 8 Tage vorher	
Grau- bünden	V Art.	2:	10 Tage vor Beginn	
Waadt			----	
Zug			----	

KANTONE	<u>Frist zur Einreichung des Bew. Gesuches</u>		
Neuenburg	V Art.	3:	Ausverkäufe: 1 Monat im voraus Sonderverkäufe: 15 Tage im voraus
Genf			----
Basel / Stadt	V §	2:	Ausverkäufe: 3 Wochen vor Beginn Sonderverkäufe: 1 Woche vor Beginn
St. Gallen	V Art.	1:	10 Tage vor Beginn der Veranstaltung
Zürich	V §	2:	Ausverkauf: 14 Tage vor Beginn Sonderverkauf: 10 Tage vor Beginn
Schaff- hausen	V §	2:	3 Wochen vor Beginn
Thurgau	V §	1:	14 Tage vor Beginn
Wallis			----
Bern/Jura	G Art.	26:	mindestens 8 Tage vor Beginn
Fribourg			----
App Inn- err.	V Art.	3:	mindestens 14 Tage vor Beginn
Luzern	V §	3:	3 Wochen vor Beginn der Veranstaltung

KANTONE	<u>Pflicht zur Abgabe eines Inventars</u>		
Obwalden	V Art.	5:	Bezeichnung der Waren nach Gattung und Menge bei Ausverkäufen
App Ausserr.	V Art.	2:	Pflicht zur Erstellung eines Inventars bei allen Arten von Veranstaltungen
Nidwalden	V Art.	4:	Bei allen Veranstaltungen ist Inventar beizulegen.
Basel-land	V §	5:	Bei Total- und Teilausverkäufen Inventar sowie Liste der bestellten noch nicht gelieferten Ware
Aargau	V §	8:	Bei Total- und Teilausverkäufen Inventar über Art, Menge und Wert der Waren
Uri		----	
Tessin	R Art.	5:	Dem Gesuch ist ein Inventar über die zum Verkauf gelangenden Waren beizulegen.
Schwyz	V §	5:	Bei Total- und Teilausverkäufen ist ein Inventar über Waren, deren Einstands- und Verkaufspreis abzugeben
Solothurn	V §	3:	Bei Total- und Teilausverkäufen ist ein Inventar über Waren und deren Verkaufswert sowie ein Verzeichnis über bestellte, noch nicht gelieferte Waren abzugeben
Glarus	G Art.	18:	kein detailliertes Inventar nötig
Graubünden	V Art.	3:	Bei Total- und Teilausverkäufen Inventar mit Einstandswerten
Waadt	G Art.	35:	Bei Liquidationen detailliertes Inventar über Art, Umfang und Wert der Waren
Zug	G §	10:	Total- und Teilausverkauf: Verzeichnis der zu verkaufenden Waren und deren Inventarwert

KANTONE

Pflicht zur Abgabe eines Inventars

Neuenburg	V Art.	4:	Bei Total- und Teilausverkäufen Inventar über Umfang und Wert der Waren
Genf	G Art.	7:	Bei Ausverkäufen muss Inventar beiliegen über Art, Wert und Umfang der Waren
Basel / Stadt	V §	2:	Total- und Teilausverkäufe: Inventar mit Wertangabe, Liste der bestellten Waren
St.Gallen	V Art.	2:	Bei Ausverkäufen werden Waren durch Sachverständige inventarisiert.
Zürich	V §	2:	Bei Ausverkäufen ist Inventar abzugeben, gesondert eine Liste bestellter Waren
Schaffhausen	V §	2:	bei Total- und Teilausverkäufen ist ein Inventar über Art. Menge und Verkaufspreis (auch der bloss bestellten Waren) abzugeben
Thurgau	V §	3:	Bei allen Veranstaltungen ist summarisches Inventar abzugeben, sofern nicht alle Waren einbezogen werden. Dazu noch Liste über bestellte, noch nicht gelieferte Ware.
Wallis	G Art.	4:	für Ausverkäufe ist detailliertes Inventar über Beschaffenheit und Menge der Ware erforderlich
Bern/Jura	G Art.	26:	Bei Ausverkäufen ist Liste über Warenmenge erforderlich
Fribourg	V Art.	10:	Bei Total- und Teilausverkäufen ist Inventar über Warenmenge, Gattung und Verkaufswert beizufügen.
App Innerr.	V Art.	3:	Bei Ausverkäufen ist Inventar erforderlich
Luzern	V §	3:	Bei Ausverkäufen ist Verzeichnis der Ware erforderlich (über Art, Stückzahl und Preis)

unterschiedliche Regelungen getroffen worden.¹

In einigen Kantonen ist zudem die Mitarbeit privater Experten, von Berufs- sowie Wirtschaftsverbänden vorgesehen. Der Beizug solcher Fachkräfte zur Beurteilung von Fachfragen ist zu begrüßen, da dadurch am ehesten praxisgerechte Entscheide zu erwarten sind.²

Die von Flüeler wegen des möglichen Einblicks in die Geschäftsmethoden eines Konkurrenten gegen solche privaten Experten geäußerten Bedenken erscheinen ungerechtfertigt, da dieser Gefahr mit strengen Geheimhaltungsvorschriften wirksam begegnet werden kann.³

VIII. Die allgemeine Bewilligung für Sonderverkäufe

In Abweichung von der Individualbewilligung sind die Kantone befugt, für die Durchführung von Sonderverkäufen eine allgemeine Bewilligung zu erteilen.⁴ Macht ein Kanton von der Möglichkeit einer solchen generellen Bewilligung Gebrauch, so können alle Detailgeschäfte während einer von den zuständigen Behörden festgelegten Zeitdauer, welche höchstens drei Wochen betragen darf, einen Sonderverkauf durchführen. Bei der Bestimmung der Zeitspanne sind die Kantone jedoch

¹ siehe TABELLE V, 225, 226

² siehe auch TABELLE VI, 227, 228

³ Flüeler, 97

⁴ Art. 26 Ziff. 1 AVO; über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Bestimmung vgl. weiter unten, 304f.

KANTONE		<u>Für Bewilligungserteilung zuständige Behörde</u>		
Obwalden	G Art.	3:	Polizeidirektion	
App Aus- serr.	V Art.	1:	Kantonspolizeiamt in Trogen	
Nidwalden	V Art.	3:	Regierungsrat	
Basel- land	V §	3:	Amt für Gewerbe, Handel und Industrie	
Aargau	V §	2:	Patentamt	
Uri			----	
Tessin	R Art.	1:	Dipartimento dell'economia pubblica	
Schwyz	V §	1,4:	Polizeidepartement (via Gemeinderat)	
Solo- thurn	V §	1:	Gewerbe- und Handelspolizei	
Glarus	G Art.	18:	Polizeidirektion	
Grau- bünden	V Art.	1:	Kant. Polizeiabteilung	
Waadt	G Art.	34: 39	Département de justice et police	
Zug	G §	9:	Finanzdirektion	

KANTONE	<u>Für Bewilligungserteilung zuständige Behörde</u>		
Neuenburg	V Art. 2:	je nach Bezirk:	département de police préfecture des Montagnes
Genf	R Art. 1:		Département de l'économie publique
Basel-Stadt	V § 1:		Polizeidepartement
St. Gallen	V Art. 6:		Kant. Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
Zürich	V § 1:		Kant. Polizeidirektion
Schaffhausen	V § 1:		Kant. Polizeidirektion
Thurgau	V § 1:		Kant. Polizeidepartement
Wallis	V Art. 2:		Abteilung Industrie, Handel und Arbeit
Bern/Jura	G Art. 27: 30		Gemeinde, Volkswirtschaftsdirektion für allgemeine Bewilligungen für Ausnahme- verkäufe
Fribourg	V Art. 1:		Kant. Direktion der Handelspolizei
App Innerr.	V Art. 1:		Kant. Standeskommission
Luzern	V § 1:		Kant. Handelspolizei

KANTONE

Mitarbeit privater Experten und Verbände

Obwalden	V Art. 4:	Regierungsrat kann zur Begutachtung von Fachfragen eine Kommission aus Mitgliedern von Berufs- und Wirtschaftsverbänden bezeichnen
App Ausserr.		-----
Nidwalden	V Art. 3:	Zur Begutachtung von Fachfragen ist der kantonale Gewerbeverband beizuziehen.
Basel-land	V § 2:	Das Amt für Gewerbe, Handel- und Industrie kann sich an Sachverständige wenden.
Aargau	V § 15:	Das Departement des Innern kann Wirtschafts- oder Berufsverbände oder Fachexperten heranziehen.
Uri		-----
Tessin		-----
Schwyz	V § 1,2:	Polizeidepartement kann Gutachten der beratenden Kommission einholen. Die beratende Kommission besteht aus Mitgliedern des Kant. Gewerbeverbandes und der Konsumgenossenschaften
Solothurn	V § 1:	Vor Festsetzung des Beginns der Sonderverkäufe ist eine Kommission, bestehend aus Vertretern des Gewerbes, anzuhören.
Basarus	G Art. 19	Recht der Polizeidirektion, Angaben des Gesuchstellers durch neutrale Sachverständige prüfen zu lassen.
Graubünden	V Art. 9:	Kant. Polizeiabteilung kann Vertreter der interessierten Berufs- und Wirtschaftsverbände beiziehen
Waadt	G Art. 34:	Vor Entscheid hat das Departement Stellungnahme der interessierten Wirtschaftsverbände einzuholen.
Zug		-----

KANTONE

Mitarbeit privater Experten und Verbände

Neuenburg			-----
Genf			-----
Basel-Stadt	V §	1:	Polizeidepartement kann Sachverständige, insbesondere die interessierten Berufs- und Wirtschaftsverbände oder die Kommission beiziehen.
St.Gallen	V Art.	5:	Der Gemeinderat kann die ihm übertragenen Befugnisse einer besonderen Kommission delegieren.
Zürich	V §	3:	Polizeidirektion kann Sachverständige beiziehen
Schaffhausen	V §	3:	Ortsbehörden können zur Kontrolle Sachverständige beiziehen. Diese sind zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet
Thurgau	V §	4:	Zur Ueberprüfung der Angaben ist der Beizug von Sachverständigen möglich. Diese sind zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet.
Wallis			-----
Bern/Jura	G Art.	27:	Nötigenfalls kann bei Ueberprüfung des Gesuchs der Branchenverband mitwirken.
Fribourg	V Art.	10:	Bei Total- und Teilausverkauf kann Kontrolle durch Experten des betreffenden Berufsverbandes durchgeführt werden.
App Innerr.	V Art.	2:	Die Amtsstellen können nötigenfalls Sachverständige beiziehen.
Luzern	V §	2:	Zur Begutachtung von Sachfragen bestellt das Pol. Departement eine Ausverkaufskommission aus Mitgliedern von Berufs- und Wirtschaftsverbänden.

an die zeitliche Beschränkungen, wie sie in der AVO festgelegt sind, gebunden.¹ Entsprechend diesen allgemein geltenden zeitlichen Bestimmungen kann eine allgemeine Bewilligung zweimal jährlich erteilt werden. Da bei dieser Art der Bewilligung der einzelne Veranstalter kein spezielles Gesuch einzureichen hat, fehlt der Behörde die Grundlage zu einer umfassenden Kontrolle. Da keine Einzelbewilligung erteilt wird, ist auch keine Verweigerung oder kein Entzug im Sinne von Art. 6 und Art. 7 AVO denkbar. Hingegen kann auch bei der allgemeinen Bewilligung die Innehaltung der Vorschriften über sachliche Beschränkungen sowie über die Ankündigung kontrolliert werden.² Im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die erwähnten Vorschriften kann dem betreffenden Veranstalter mittels Einzelverfügung verboten werden, einen Sonderverkauf im Rahmen der allgemeinen Bewilligung durchzuführen.³ Wird solchen Verfügungen keine Folge geleistet, kann nötigenfalls auch die vorübergehende Schliessung des Geschäftes in Frage kommen.⁴ Zwar ist Flüeler darin zuzustimmen, dass die allgemeine Bewilligung wegen fehlender Angaben über die einzelnen Veranstaltungen nur in geringem

¹ Art. 9 Abs. 2 AVO
Art. 26 Ziff. 3 AVO

² Art. 12, Art. 14ff. AVO

³ Erläuterungen, 46

⁴ Flüeler, 121
Art. 24 Abs. 2 AVO

Masse geeignet ist, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu kontrollieren und zu wahren;¹ trotzdem ist diese Regelung im Bereiche der Sonderverkäufe zu begrüßen, da in vielen Kantonen den zuständigen Behörden ohnehin die nötigen personellen Mittel fehlen, um bei in grosser Anzahl eingehenden Bewilligungsgesuchen für Sonderverkäufe bei jedem Einzelnen eine umfassende Kontrolle durchführen zu können. In solchen Fällen wäre eine allgemeine Bewilligung, die ja stichprobenweise durchgeführte Kontrollen durchaus ermöglicht, zweckmässig.² Nach heute geltender Ordnung kennen lediglich die Kantone GE, VD, ZG und TI die allgemeine Bewilligungspflicht für Sonderverkäufe.³

IX, Besondere Verhältnisse

Treten Verweigerungs- oder Entzugsgründe nicht in der Person des Firmeninhabers, sondern in der an seiner Stelle tätigen Person oder in einem geschäftsführenden Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder in einem Organ einer juristischen Person auf, so kommen die Vorschriften gemäss Art. 6 und Art. 7 AVO in gleicher Weise zur Anwendung.⁴

¹Flüeler, 122

²Germann, Vorschläge, 203f.

³Kt. ZG (V § 15); Kt. VD (G Art. 39); Kt. GE (G Art. 10); Kt. TI (G Art. 4).

⁴Art. 8 AVO

Damit ist eine Bewilligung zu verweigern oder zu entziehen, wenn es sich beim Gesuchsteller etwa um den Prokuristen handelt und er versucht hat, die Bewilligung mittels unwahrer oder irreführender Angaben zu erwirken. Liegt dagegen bei einem solchen Gesuchsteller ein Verweigerungsgrund nach Art. 6 lit. d AVO vor, der dem Firmeninhaber nicht bekannt ist, wäre die Bewilligungsverweigerung unverhältnismässig und damit nicht zulässig.¹

¹Erläuterungen, 28

KAPITEL 6:

D I E O E F F E N T L I C H E
A N K U E N D I G U N G

I. Allgemeines

Wie bereits gesehen, gehört die öffentliche Ankündigung zwar nicht zum eigentlichen Begriff des Aus- oder Sonderverkaufs, dagegen ist eine solche Veranstaltung ohne vorherige Ankündigung heute kaum denkbar. Vielmehr ist es gerade so, dass die Ankündigung darüber entscheidet, ob der Veranstaltung Erfolg beschieden sein wird oder nicht. Trotz ganzjähriger intensiven Werbung zeigt es sich auch heute noch, dass gerade die Ankündigung von Aus- oder Sonderverkäufen eine grosse Anziehungskraft besitzt; dies deshalb, weil im Publikum nach wie vor die Ansicht herrscht, solche Veranstaltungen seien infolge der zumindest bei Ausverkäufen in der Regel vorhandenen Zwangslage des Verkäufers eine besonders günstige Kaufgelegenheit.¹

Infolge dieser grossen Wirkung der Ankündigung beim angesprochenen Publikum besteht nun aber andererseits

¹H. Frey, 25

seit jeher eine Tendenz gewisser Kaufleute, die Ankündigung zur Täuschung oder Irreführung der Interessenten zu benutzen. So existieren seit Bestehen der Ausverkäufe auch deren Missbräuche.

Von den verschiedenen Formen des Missbrauchs soll weiter unten noch ausführlicher die Rede sein. Bereits jetzt kann jedoch festgestellt werden, dass die Ankündigung ihrer grossen Bedeutung wegen die besonderen Vorteile, die in einer geplanten Veranstaltung gewährt werden sollen, wahrheitsgetreu anzugeben hat.

Damit dies erreicht und auch zugleich unwahren Angaben wirksam begegnet werden, sowie im Interesse von Publikum und Mitkonkurrenten Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gewahrt werden kann, sind an die Ankündigung gewisse Mindestanforderungen zu stellen.

In der AVO sind dieselben in Art. 14, 14^{bis} und 15 aufgestellt worden. Daneben bestehen in einigen Kantonen noch zusätzliche Bestimmungen, die ergänzend neben den erwähnten Vorschriften der Bundesverordnung bestehen;¹

¹ vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. d AVO
vgl. auch weiter unten, 237

II. Notwendiger Inhalt der Ankündigung

Damit die Gefahr einer Täuschung zum vornherein möglichst gering gehalten werden kann, muss die Ankündigung in jedem Falle gewisse Mitteilungen enthalten, die dem Publikum Aufschluss über grundlegende Momente der vorgesehenen Veranstaltung geben.

So muss zunächst jede Ankündigung eines Aus- oder Sonderverkaufes den Hinweis auf die vorliegende behördliche Bewilligung enthalten.¹ Damit soll der Interessent wissen, dass die Veranstaltung einer amtlichen Prüfung unterzogen wurde oder sie zumindest amtlich beaufsichtigt wird.² Zudem soll in der Ankündigung genau angegeben werden, um welche Art von Veranstaltungen es sich handelt, ob also ein Total-, Teilausverkauf oder aber ein Sonderverkauf durchgeführt werden soll.³

¹Art. 14 Abs. 1 AVO

²Flüeler, 102

³Art. 14 Abs. 1 AVO

Zu beachten ist dabei zusätzlich, dass gewisse Ausdrücke nur für Total- oder Teilausverkäufe verwendet werden dürfen (Art. 2 Abs. 3 AVO)

Dieser Vorbehalt ist jedoch u.E. zumindest für den Ausdruck "Ausverkauf" fragwürdig, da das Publikum heute keine genaue Trennung zwischen den Begriffen von Aus- und Sonderverkauf macht, sondern auch den typischen Sonderverkauf (mit den speziell auf die Veranstaltung hin gekauften Billigwaren) als Ausverkauf bezeichnet.

In der Ankündigung soll weiter vermerkt sein, ab welchem Datum die Veranstaltung durchgeführt und wie lange sie dauern wird.¹ Damit soll verhindert werden, dass das Publikum bereits vor Beginn der Sinderverkaufsveranstaltung ins Geschäft gelockt wird und irrtümlich Waren einkauft, in der Meinung, diese stellten ein Sonderangebot dar.²

Betrifft die Ankündigung einen Teilausverkauf, in welchem Warengruppen oder Verkaufsabteilungen wegen gänzlicher Aufgabe geräumt werden sollen, muss deutlich darauf hingewiesen werden, um welche Waren es sich dabei handelt.³ Mit Hilfe dieses Hinweises soll das Publikum sich ein genaues Bild über Art und Umfang des Angebotes machen können, das verbilligt abgegeben werden soll. Neben diesen erwähnten Bestimmungen, die sich in der AVO selbst finden, können die Kantone gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. d AVO noch weitere, ergänzende Vorschriften über den minimalen Inhalt der Ankündigung in ihrem Gebiet machen.

Von diesem Recht haben denn auch eine Reihe von Kantonen Gebrauch gemacht. So verlangen einige Kantone zusätzlich, dass die Ankündigung den Namen oder die

¹Art. 14 Abs. 1 AVO

²Erläuterungen, 35

³Art. 14 Abs. 2 AVO

Firma des Wareneigentümers enthalten muss.¹ Ferner besteht in einigen Kantonen die Pflicht, den Grund der Veranstaltung in der Ankündigung anzugeben.² Schliesslich verlangen einige Kantone, dass der vorgeschriebene Inhalt in einer "zweckentsprechenden Schriftgrösse" zu publizieren ist.³

III. Unzulässiger Inhalt der Ankündigung

A. Allgemeines

Neben dem notwendigen Inhalt, den eine Ankündigung enthalten muss, schreibt die AVO zusätzlich vor, dass die Bekanntgabe weder "unrichtige" noch "irreführende" Angaben beinhalten darf.⁴ Zur Präzisierung dieses allgemein gehaltenen Verbots nennt die AVO einige konkrete Beispiele, welche als "irreführende" oder "unrichtige" Angaben zu gelten haben.⁵

¹Kt. GE (G Art. 8 Abs. 1); Kt. VD (G Art. 31); Kt. VS (V Art. 4); Kt. BE (G Art. 25 Abs. 3); Kt. ZG (G § 16).

²Kt. VS (V Art. 4); Kt. BE (G Art. 25 Abs. 3); Kt. ZG (G § 16, jedoch nur für Total- und Teilausverkäufe).

³Kt. BE (G Art. 25 Abs. 3); Kt. GE (G Art. 8 Abs. 2, welcher verlangt, dass die beiden Wortteile Teil-Ausverkauf bei einer solchen Veranstaltung gleich gross geschrieben werden); Kt. NW (V Art. 6).

⁴Art. 15 Abs. 1 AVO

⁵Art. 15 Abs. 2 lit. a - f AVO

Dabei gilt es jedoch festzuhalten, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist, sondern lediglich den Sinn hat, dem Richter oder der Behörde, welche die AVO anzuwenden hat, eine Richtlinie zu geben.¹

Damit die Angabe als unrichtig oder irreführend betrachtet werden kann, muss sie geeignet sein, beim angesprochenen Publikum eine Täuschung über die angekündigte Veranstaltung hervorzurufen.² Massgebend ist dabei einzig und allein der Eindruck, den die Ankündigung auf das angesprochene Publikum macht. Zwei- oder Mehrdeutigkeiten hat daher der Ankündiger zu verantworten.³ Ist in einer Reklame zwar eine an sich unrichtige Angabe vorhanden, welche jedoch vom Angesprochenen sofort als solche erkennbar ist, liegt keine unzulässige Angabe vor, weil mit ihr keine Täuschungsgefahr verbunden ist.⁴

Im Gegensatz zur übrigen Werbung, wo das Publikum der Anpreisung von eigenen Produkten in Superlativen im allgemeinen mit der nötigen Skepsis gegenübersteht, ist eine Uebertreibung im Bereiche

¹ Dies geht auch aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 AVO hervor ("namentlich").

² Wydler, 41

³ BGE 89 IV 220

⁴ Matter, 457
Flüeler, 104

der Aus- und Sonderverkaufsreklame in viel vermehrtem Masse geeignet, den Käufer irrezuleiten; denn während das Publikum bei der regulären Reklame Uebertreibungen gewohnt ist und sie deshalb auch als solche einstuft und richtig zu werten vermag, glaubt es bei Aus- oder Sonderverkaufsreklame angesichts der vermeintlichen Zwangslage des Verkäufers auch an Versprechungen, die normalerweise ohne Mühe als unzutreffend erkannt würden. Somit sind auch die Anforderungen an den Wahrheitsgehalt bei Aus- und Sonderverkaufsreklame höher als sonst anzusetzen.¹

B. Einzelne Fälle unrichtiger oder irreführender
Angaben in der Ankündigung

Unrichtige oder irreführende Angaben enthält die Ankündigung grundsätzlich dann, wenn beim Publikum der Eindruck erweckt wird, es werde ein Aus- oder Sonderverkauf durchgeführt, dies jedoch in Wahrheit nicht zutrifft. Eine solche Vorspiegelung liegt namentlich dann vor, wenn eine Preisermässigung oder eine Räumung in Aussicht gestellt, diese jedoch nicht durchgeführt wird. Dabei muss nicht ausdrücklich auf die scheinbar geplante Veranstaltung hingewiesen werden. Es genügt vielmehr, wenn durch entsprechende Hervorhebung einzelner Aus-

¹Wydler, 43

oder Sonderverkaufsmerkmale der Eindruck erweckt wird, es werde eine solche Veranstaltung durchgeführt.¹ Andererseits genügt es jedoch zur Erweckung des Eindrucks, wenn die Ausdrücke "Räumung", "Ausverkauf" oder "Sonderverkauf" ausdrücklich in der Ankündigung erwähnt werden, da mit diesen Begriffen bereits die Vorstellung eines besonders günstigen Angebots verbunden wird.

Neben dieser Art der Irreführung, bei welcher die Durchführung lediglich vorgespiegelt wird, kommt die Irreführung durch unrichtige Angaben vor allem auch in Fällen vor, wo der Aus- oder Sonderverkauf zwar durchgeführt, über die einzelnen Modalitäten der Veranstaltung hingegen ein falsches Bild abgegeben wird.² Eine solchermassen unrichtige Angabe liegt vor, wenn in der Ankündigung falsche Angaben über den Grund der Veranstaltung gemacht werden. Hier wird ein falsches Bild über die scheinbare Zwangslage vermittelt, wodurch die Anziehungskraft der Ankündigung unter Umständen wesentlich erhöht werden kann.³ Es liegt auf der Hand, dass das Publikum sich von einem Ausverkauf, der etwa wegen baldigem Auslaufen des Lagerraummietvertrages

¹Wydler, 45, der diese Art als verschleierte Ankündigung bezeichnet.

²Wydler bezeichnet diese Art der irreführenden Reklame als unlautere Aus- oder Sonderverkaufsreklame im engeren Sinne. (Wydler, 102)

³Wydler, 58

veranstaltet wird, wesentlich grössere Vorteile ausrechnet, als von einer gleichen Veranstaltung, die freiwillig, also ohne erkennbare Zwangslage, durchgeführt wird.¹ Ausser in Art. 15 Abs. 2 AVO, wo die blossе Vorspiegelung einer Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung anvisiert ist, zielen die übrigen in der AVO aufgeführten Beispiele allesamt auf Fälle ab, wo zwar eine besondere Vergünstigung gewährt, hingegen im Hinblick auf die Veranstaltung entweder der Preis oder die Qualität der angebotenen Ware ohne Wissen des Publikums verändert wird.

So kann eine Irreführung stets dann angenommen werden, "wenn eine Preisermässigung angekündigt wird, diese jedoch bereits im angegebenen Preis enthalten ist" und derselbe nicht als Nettopreis bezeichnet wird.² Hier liegt die Täuschung in der Verleitung des Publikums zur Annahme, die Preisreduktion werde auf dem angegebenen Preis vorgenommen, während sie in Wirklichkeit bereits abgezogen wurde. Wird eine Preisermässigung in Prozenten ausgedrückt, so nimmt das Publikum an, diese Reduktion beziehe sich auf die üblicherweise gehandhabten Verkaufs- und nicht etwa auf die Ein-

¹In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass einzelne Kantone die Angabe des Grundes bei Durchführung von einzelnen Ausverkaufsarten verlangen, vgl. ²² dieser Abhandlung.

²Art. 15 Abs. 2 lit. c AVO

kaufspreise.¹ Die heutigen Reklameformen bedienen sich zumeist Preisgegenüberstellungen, indem der alte Preis in Form des gestrichenen mit dem neuen, reduzierten verglichen wird. Diese Preisgegenüberstellung ist an und für sich zulässig, wobei hier die Bestimmungen über die Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen zu beachten sind.² Ebenso irreführend ist es, wenn die Angaben in der Ankündigung den Eindruck erwecken, es würden Waren zu Verlustpreisen oder ohne Gewinn verkauft, während in Wirklichkeit "der Verkaufspreis den Einstandspreis nebst einem angemessenen Unkostenanteil übersteigt".³ Wiewohl solche Machenschaften bekämpft werden sollen, wird man im konkreten Fall auf Schwierigkeiten stossen, muss doch jeweils der Verlust- bzw. Einstandspreis sowie der angemessene Unkostenanteil eruiert werden. Da unter diesen Begriffen jedoch häufig verschiedene Grössen verstanden werden, dürfte deren Ermittlung in der Praxis nicht leicht sein. Zumindest in jenen Warenbereichen, wo direkte Vergleiche dank vorhandener Konkurrenz möglich sind, wird im übrigen eine Ankündigung nur selten auf Verlustpreise hinweisen, da ein solcher Hinweis für sich allein genommen nur selten die erwünschte Publikumswirkung

¹Flüeler, 107

²vgl. 371 f. dieser Abhandlung

³Art. 15 Abs. 2 lit. b AVO

zeitigt, zumal wenn der Preis nicht deutlich unter dem Preisniveau der Mitkonkurrenten liegt.¹

Eine typische, unlautere Aus- oder Sonderverkaufswerbung liegt im weiteren vor, "Wenn eine Preisermässigung angekündigt wird", nachdem zuvor der Preis im Hinblick auf die Reduktion entsprechend erhöht worden ist.² In Wirklichkeit liegt hier, für das Publikum allerdings nicht erkennbar, gar keine Vergünstigung vor. Im Einzelfall ist jedoch abzuklären, ob der Verkaufspreis tatsächlich im Hinblick auf die Veranstaltung erhöht wurde, was in der Regel dann zutreffen wird, wenn die Preiserhöhung nur kurze Zeit vor der Veranstaltung vorgenommen wurde und dazu keine offensichtlichen Gründe vorlagen. Wurde der erhöhte Preis jedoch vorher während einer gewissen Zeit gehandhabt, so kann eine Reduktion nicht mehr als irreführend bezeichnet werden.³

Neben den unrichtigen Angaben über die tatsächlichen Preisverhältnisse können auch falsche Angaben oder

¹Ähnliche Definitionsprobleme dürften sich im übrigen bei Begriffen wie Fabrik-, Hersteller- oder Engrospreisen stellen, vgl. auch Flüeler, 107.

²Art. 15 Abs. 2 lit. d AVO

³Zur Bestimmung der Zeit, während welcher der Preis gehandhabt werden musste, geht man zweckmässig von Art. 16 Abs. 3 Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen aus, wo zur Befugnis der Bekanntgabe von Vergleichspreisen von einer Handhabung während mindestens zwei Monaten ausgegangen wird.

bei einer Informationspflicht blosses Stillschweigen über die Qualität der angebotenen Waren zur Täuschung Anlass geben. So ist eine Ankündigung irreführend, wenn durch sie der Eindruck entsteht, es handle sich bei der angebotenen Ware um solche "bestimmter oder allgemein gebräuchlicher Qualität", während diese in Wahrheit schlechter ist.¹ Unlauter ist die Ankündigung in jedem Falle, wenn falsche Angaben bezüglich der Qualität der Ware gemacht werden. Ob hingegen auch bereits ein Stillschweigen genügt und das Publikum zur Annahme berechtigt, es handle sich um die übliche Qualität, bedarf einer näheren Betrachtung. Wird in einem Total- oder Teilausverkauf nichts über die Qualität der in Frage stehenden Ware gesagt, so kann das Publikum davon ausgehen, es handle sich um die übliche Qualität und der besondere Vorteil biete sich infolge einer durch äussere Umstände herbeigeführten Zwangslage des Veräusserers. Anders verhält es sich jedoch u.E. bei der Ankündigung eines Sonderverkaufes. Hier weiss der Käufer genau, dass der Grund der Veranstaltung in der Belegung des Geschäftsganges besteht. Dass der Verkäufer zu diesem Zweck auch Billigware ankauft und in der Folge auch preisgünstig anbietet, wissen die Käufer ebenfalls. Wird demnach nichts über die Qualität der Ware gesagt, so kann

¹Art. 15 Abs. 2 lit. e AVO

das Publikum in einem solchen Verkauf nicht ohne weiteres annehmen, es handle sich um Produkte der sonst gebräuchlichen Qualität.

Werden in einer Ankündigung "bestimmte Waren mit Preisangaben angeboten", können diese dann aber nicht oder nicht zum gleichen Preis oder gleicher Qualität gekauft werden, liegt ebenfalls eine Irreführung vor.¹ Aehnlich liegt der Fall, wenn in einer Ankündigung eines Sonderverkaufes die angebotene Ware zwar vorhanden ist, jedoch nur in beschränkter Stückzahl; denn gerade im Sonderverkauf rechnet das Publikum mit einem grossen Angebot an Waren zu reduzierten Preisen.² Eine Irreführung über den Umfang der reduzierten Ware kann auch darin liegen, dass eine Preisermässigung auf dem gesamten Sortiment oder auf einem Grossteil davon angekündigt wird, in Wirklichkeit jedoch von der Reduktion nur wenige Artikel erfasst werden.³

C. Ansprüche bei Vorliegen von unrichtigen
oder irreführenden Angaben

Neben Ansprüchen aus Art. 2 UWG wegen Gefährdung oder Schädigung in den wirtschaftlichen Interessen

¹ Art. 15 Abs. 2 lit. f AVO

² Wydler, 105

³ Wydler, 104

durch unlauteren Wettbewerb¹ kann grundsätzlich in den Fällen, in welchen die Qualität der Ware nicht dem Versprechen in der Ankündigung entspricht, auch gemäss den Vorschriften über Sachgewährleistung im OR vorgegangen werden.² In den Aus- oder Sonderverkäufen sind nun aber Sachgewährleistungen zumeist von anfang an ausgeschlossen mit der Begründung, der Käufer nehme bei solchen Veranstaltungen mit dem billigen Preis auch eventuelle Mängel der Sache in Kauf.³ Dies ist sicherlich dann der Fall, wenn über die Qualität der angebotenen Ware keine bestimmten Zusicherungen gemacht worden sind. Anders verhält es sich aber, wenn absichtliche Täuschung über die Qualität der Waren vorliegt, da hier der abgeschlossene Vertrag einseitig unverbindlich wird und innert der vorgesehenen Frist aufgehoben werden kann.⁴

¹Ueber straf- und verwaltungsrechtliche Massnahmen bei unlauterer Ankündigung von Aus- oder Sonderverkäufen vgl. 323ff.

²Art. 197ff. OR

³Flüeler, 109

⁴Art. 28, 31 OR

IV. Zeitpunkt der Ankündigung

Während die AVO in ihrer ursprünglichen Fassung vom 16. April 1947 die Festlegung des Ankündigungszeitpunktes den Kantonen zur selbständigen Regelung überliess¹, wurde die Festsetzung dieses Termins mit der Revision der AVO vom 15. März 1971 dem Verordnungsgeber übertragen, sodass nun ein für die ganze Schweiz einheitlicher Zeitpunkt der Ankündigung Geltung hat.²

Diese Vereinheitlichung ist zu begrüßen, bestanden doch zwischen den einzelnen kantonalen Regelungen nicht unerhebliche Unterschiede, welche besonders in Wirtschaftsgebieten, an welchen mehrere Kantone teilhaben, zu Rechtsungleichheiten zwischen den einzelnen Geschäften führten.³ In der nun geltenden Regelung gemäss Art. 14^{bis} AVO wird festgelegt, wann die Ankündigung einer Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung frühestens erfolgen darf. Die Bestimmung des frühest möglichen Termins ist nötig, da erfahrungsgemäss das Publikum in Erwartung eines besonders günstigen Angebotes in das entsprechende

¹ vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. d AVO in Fassung vom 16.4.1947 (AS 63, 345)

² Art. 14^{bis} AVO

³ Eine umfassende Zusammenstellung der früheren kantonalen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Ankündigung findet sich bei Giger, 263.

Geschäft eilt, sobald es von der Veranstaltung Kenntnis erhält.¹ Dies liegt im Umstand begründet, dass solche Ankündigungen nur flüchtig gelesen werden und dabei die oft nicht besonders hervorgehobenen Angaben über den Beginn oder die Dauer der Veranstaltung keine Beachtung finden.

Wenn nun bereits vor dem bewilligten Beginn der Veranstaltung Kaufinteressenten in Erwartung des besonders günstigen Angebotes das Geschäft betreten, liegt die Gefahr nahe, dass der Veranstalter die Gelegenheit benutzt und bereits früher mit dem vergünstigten Kauf beginnt. Damit liegt jedoch eine unzulässige Vorverschiebung und zugleich auch eine unzulässige Verlängerung der Verkaufsveranstaltung vor.

Die AVO unterscheidet bei der Festlegung des frühest möglichen Ankündigungstermins zwischen Ankündigungen mittels Schaufensterauslagen, Lautsprecheranlagen und ähnlichem, mittels Inseraten in täglich erscheinenden Zeitungen, Plakaten, Prospekten und ähnlichem sowie Ankündigungen, welche in nicht täglich erscheinenden Zeitungen gemacht werden. Während im ersten Fall die Ankündigung frühestens am Vortag des Beginns der Veranstaltung erfolgen darf², kann sie im zweiten Fall zwei Tage vor Beginn und im letzten Fall in der letzten Ausgabe der Zeitung vor Beginn der Veranstaltung

¹BGE 100 IV 116

²Art. 14^{bis} lit. a AVO

erfolgen.¹ Bei diesem frühest möglichen Termin muss es sich jedoch um einen Werktag handeln.²

Während sich bei Ankündigungen durch Zeitungen und ähnliche Mittel keinerlei praktische Schwierigkeiten ergeben, liegt der Fall bei Ankündigung mittels Schaufensterauslage anders: gerade etwa in Warenhäusern, wo der Sonderverkauf eine grosse Rolle spielt und auch dementsprechend durch aufwendige Aufmachung angekündigt wird, dürfte es praktisch unmöglich sein, die ganze Dekoration erst am Vortage der Veranstaltung einzurichten. In seinen "Richtlinien an die zuständigen kantonalen Behörden" erachtet es denn das BIGA auch für zulässig, die Schaufensterauslagen bereits zu einem früheren Zeitpunkt, jedoch nicht mehr als drei Tage vor dem zulässigen Bekanntmachungstermin gemäss Art. 14^{bis} lit. a AVO abzuändern; die Preise sollen hingegen erst am Vortage abgeändert werden.³

¹ Art. 14^{bis} lit. b, 1. und 2. Satz AVO

² vgl. Kreisschreiben des BIGA vom 5.4.1971

³ vgl. Kreisschreiben des BIGA vom 2.10.1978, 8

KAPITEL 7:

B E S C H R A E N K E N D E
B E S T I M M U N G E N

I. Zeitliche Beschränkungen

A. Allgemeines

An die Aus- und Sonderverkaufsbewilligungen sind beschränkende Bedingungen zu küpfen "soweit es die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern".¹ Unter diese Bedingungen, die zweckmässig in genereller Form erlassen werden, um eine rechtsgleiche Behandlung aller Veranstalter zu erreichen, fallen auch die zeitlichen Beschränkungen der Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen.² Wie bereits wiederholt festgestellt, müssen solche Einschränkungen im Bereiche der Aus- und Sonderverkaufsregeln polizeilich motiviert sein, wenn sie vor der HGF Bestand haben sollen.³ Da jedoch eine umfassende Ueberprüfung von

¹Art. 17 Abs. 2 UWG

²Germann, Vorschläge, 209

³vgl. weiter oben, 124

Bundesrecht auf seine verfassungsmässige Zulässigkeit hin durch das Bundesgericht nicht stattfindet, ist eine entsprechende Kontrolle bei den in Frage stehenden AVO-Vorschriften nicht möglich.¹

Die verschiedenen Vorschriften, welche eine Regelung über die zulässige Zeit, die Dauer und die Häufigkeit von Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen abgeben, finden sich in Art. 9 - 11 AVO. Zudem sind die Kantone befugt, in engem Rahmen abweichende zeitliche Bestimmungen zu erlassen.² Dabei weisen alle Vorschriften als gemeinsames Merkmal auf, dass sie in erster Linie den Schutz der Mitkonkurrenten, welche keine Veranstaltung durchführen, bezwecken und, wenn überhaupt, erst in zweiter Linie zum Schutz der Konsumenten gedacht sind.³ Ob sich dieser vornehmlich bezweckte Schutz der Mitkonkurrenten aus polizeilichen Gründen rechtfertigt, kann nicht in allgemeiner Art abgeklärt werden; vielmehr ist jede einzelne Bestimmung auf ihre polizeiliche Notwendigkeit hin zu untersuchen. Auch das Bundesgericht hatte sich bis heute verschiedentlich mit der Zulässigkeit einzelner zeitlicher Bestimmungen

¹Art. 113, Ziff. 3 BV
vgl. auch weiter unten,

²Art. 26 Ziff. 3, Ziff. 4 AVO

³Giger, 256

zu befassen, wobei sich jedoch die Prüfung nur auf willkürliche Rechtsanwendung sowie Einhaltung des vom UWG gesetzten Rahmens bezog.¹ Bis zum jetzigen Zeitpunkt hat das Gericht denn auch keine Vorschrift über zeitliche Einschränkungen von Aus- oder Sonderverkäufen als nicht zulässig betrachtet.

B. Aus- und Sonderverkaufszeiten

Zur Ausgestaltung der Regelung über die zulässigen Aus- und Sonderverkaufszeiten wird darauf abgestellt, ob es sich bei der Veranstaltung um eine periodische oder um eine einmalige handelt. Aus diesem Grunde bestehen zwei verschiedene Regelungen, nämlich einerseits eine solche für die nichtperiodischen Total- und Teilausverkäufe und andererseits eine zweite für die regelmässig stattfindenden Sonderverkäufe.

1. Total- und Teilausverkäufe

Diese beiden Ausverkaufsarten werden in der überwiegenden Zahl der Fälle durchgeführt, weil äussere Umstände wie Todesfall, finanzielle Schwierigkeiten, Aenderung der Marktstruktur, Umzug, Umbau u.a.m. zu solchen Massnahmen zwingen. Diese Veranstaltung kann somit für jedes einzelne Ge-

¹So etwa in BGE 101 Ib 144f.

schäft zu einem andern Zeitpunkt notwendig werden.¹ Diesem individuellen Bedürfnis hat der Verordnungsgeber für die Total- und Teilausverkäufe dadurch Rechnung getragen, dass er diese Veranstaltungen grundsätzlich jederzeit bewilligt.² Eingeschränkt wird diese Regelung durch den Zusatz, dass der Beginn eines Total- oder Teilausverkaufes nicht in die Zeit vom 15. November bis 15. Januar fallen darf. Bei Teilausverkäufen ist die verbotene Zeit des Beginns weiter auf die letzten zwei Wochen vor Ostern und vor Pfingsten ausgedehnt.³ Die angegebenen Zeiten sind jedoch nicht absolut verboten für Total- oder Teilausverkäufe. Vielmehr darf mit einer solchen Veranstaltung während dieser Zeit lediglich nicht begonnen werden. Liegt der Anfang jedoch vor der untersagten Periode, darf sie ohne weiteres während derselben fortgeführt und muss nicht unterbrochen werden.⁴ Daraus wird ersichtlich, dass eine Umgehung des Verbots ohne weiteres möglich ist, indem der Beginn einer Verkaufsveranstaltung auf die letzten Oktobertage oder auf Anfang November vorverlegt wird. Würde eine Verweigerung der Bewilligung während der erwähn-

¹Giger, 256

²Art. 9 Abs. 1 AVO

³Art. 9 Abs. 1 Satz 2 AVO

⁴Giger, 256

ten Periode eine besondere Härte darstellen, kann zudem die zuständige Behörde die Veranstaltung im Sinne einer Ausnahme trotzdem bewilligen.¹ Ein solcher Härtefall wird regelmässig dann vorliegen, wenn ein Totalausverkauf wegen Todesfall durchgeführt werden muss und dies etwa zwecks Weitervermietung der Geschäftsräume möglichst rasch zu geschehen hat.² Die einzelnen Kantone können zudem den Beginn von Total- und Teilausverkäufen für die Zeit vom 1. - 14. November sowie während der Schweizerwoche-Veranstaltung verbieten.³

Der Zweck dieser den Beginn eines Total- oder Teilausverkaufes beschränkenden Bestimmungen liegt im Schutz der besten Verkaufszeiten vor der erheblichen Konkurrenz, die solche Veranstaltungen unbestritten darstellen.⁴ Demzufolge ist davon auszugehen, dass diese Einschränkung lediglich wirtschaftspolitische Ziele verfolgt und vor der HGF keinen Bestand haben kann.

¹Art. 9 Abs. 1 (Ende)

²Hindermann, 24

³Art. 26 Ziff. 3 AVO; vgl. TABELLE VII, 256, 257
Ueber die Zulässigkeit dieser Bestimmung vgl. weiter unten, 304f.

⁴Büren von, 235 N. 39
Flüeler, 113

KANTONE	Zusätzlich verbotene Anfangszeiten für Total- Teilaus- verkäufe		
Obwalden	G Art.	5:	1. - 14. November, während der Schweizer- woche
App Aus- serr.	V Art.	5:	1. - 14. November, während der Schweizer- woche
Nidwalden	V Art.	5:	1.- 14. November, während der Schweizer- woche
Basel- land	V §	6:	1. - 14. November, während der Schweizer- woche
Aargau	V §	5:	während der Schweizerwoche
Uri			----
Tessin			----
Schwyz	V §	11:	während der Schweizerwoche
Solo- thurn	V §	6:	1. - 14. November
Glarus	G Art.	21:	während der Schweizerwoche, Ausnahmen bei Totalausverkauf wegen Todesfall oder Geschäftsaufgabe
Grau- bünden			----
Waadt	G Art.	37:	1. - 14. November
Zug	G §	15:	1. - 14. November, während der Schweizerwoche

KANTONE		Zusätzlich verbotene Anfangszeiten für Total- und <u>Teilausverkäufe</u>		
Neuenburg			----	
Genève			----	
Basel / Stadt	V §	3:	1. - 14. November	
St.Gallen	V Art.	8:	1. - 14. November, während Schweizerwoche nach Verfügung Volkswirtschaftsdep.	
Zürich			----	
Schaff- hausen			----	
Thurgau			----	
Wallis	V Art.	6:	1. - 14. November, während Schweizerwoche (Ausnahmen können vorgesehen werden)	
Bern/Jura	G Art.	30:	Volkswirtschaftsdirektion kann während Schweizerwoche untersagen	
Fribourg			----	
App Inn- err.	V Art.	4:	1. - 14. November, während der Schweizer- woche	
Luzern			----	

2. Sonderverkäufe

Im Gegensatz zu den nicht periodischen Veranstaltungen sind für die Durchführung von Sonderverkäufen die erlaubten Zeiten stark eingeschränkt. So werden diese Verkäufe nur während der Periode vom 15. Januar bis Ende Februar und vom 1. Juli bis Ende August zugelassen.¹ Diese Zeiträume können von den einzelnen Kantonen anders angesetzt werden, wobei jedoch der Beginn in den Grenzen von Art. 9 AVO festgelegt werden und die Dauer der erlaubten Periode gleich lang wie in der AVO sein muss.² Mit der Möglichkeit für die Kantone, abweichende Regelungen zu treffen, lässt das Bundesrecht eine Anpassung an besondere Verhältnisse zu.³ Ein dergestalt abgeänderter Beginn der Sonderverkäufe ist in den Kantonen AG, GR, SG und VS vorgesehen.⁴

In der Literatur herrscht überwiegend die Ansicht, dass die Beschränkung der Sonderverkäufe auf diese beiden kurzen Zeiträume dem Schutz des regulären Verkaufs dient und somit unzu-

¹ Art. 9 Abs. 2 AVO

² Art. 26 Ziff. 3 AVO; über die Zulässigkeit dieser Bestimmung vgl. weiter unten, 304ff.

³ Giger, 257

⁴ Kt. AG (V § 6); Kt. GR (V Art. 7); Kt. SG (V Art. 8); Kt. VS (V Art. 6 Abs. 3).

lässige wirtschaftspolitische Ziele verfolgt.¹ Demgegenüber ist diese Beschränkung der Sonderverkäufe nach Meinung des Bundesgerichtes zum Schutze des Publikums erlassen worden, das bei Sonderverkäufen, welche das ganze Jahr über durchgeführt würden, den Ueberblick über reguläre und aussergewöhnliche Verkäufe verlieren würde.² Diese Begründung hält jedoch einer näheren Betrachtung nicht stand. Beim heutigen Angebot, welches es dem Publikum erlaubt, Qualitäts- und Preisvergleiche in praktisch allen Warenbereichen vorzunehmen und damit einen Ueberblick zu gewinnen, können auch Sonderverkäufe, die sich auf das ganze Jahr verteilen, der Uebersicht nicht Abbruch tun. Dies gibt das Bundesgericht denn auch ausdrücklich zu für den Warenbereich der Lebensmittel und der Güter des täglichen Verbauchs.³ Können die Vorschriften über die erlaubten Sonderverkaufszeiten nach dem Gesagten nicht zum Schutze des Publikums aufgestellt sein und verfolgen sie auch keinen anderen ersichtlichen Zweck zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, dienen sie lediglich dem Schutz des regulären

¹Flüeler, 118
H. Frey, 99

²BGE 101 Ib 148

³BGE 101 Ib 146

Handels und sind somit verfassungswidrig.

3. Besondere Verhältnisse

Im Regelfall hat der Veranstalter das Recht, den geplanten Total- oder Teilausverkauf sowie den Sonderverkauf innerhalb der in der AVO vorgesehenen Zeitspannen zu beginnen, wann er es für besonders günstig hält.¹ Diese Freiheit besitzt der Veranstalter jedoch dann nicht, wenn die gleiche Veranstaltung in mehreren Verkaufsstellen desselben Unternehmens durchgeführt werden soll, sofern diese Verkaufsstellen sich im gleichen Wirtschaftsgebiet befinden. In diesem Falle nämlich soll der Beginn der Veranstaltungen nach Möglichkeit in allen Filialen und Verkaufsstellen auf den gleichen Tag festgelegt werden.² Damit wird verhindert, dass eine Veranstaltung dadurch verlängert werden kann, dass der Beginn in den einzelnen Verkaufsstellen gestaffelt festgesetzt wird. Bei Total- und Teilausverkäufen soll zudem ein Warenschub von einer Verkaufsstelle, in welcher die Veranstaltung bereits beendet ist, in eine andere, in welcher der Teil- oder Totalausverkauf noch im Gange ist, unterbunden werden. Diese Vorschrift verfolgt somit berechnete po-

¹Giger, 257f.

²Art. 10 Abs. 2 AVO

lizeiliche Zwecke. Ihre Handhabung dürfte jedoch besonders dann auf Schwierigkeiten stossen, wenn an dem Wirtschaftsgebiet mehrere Kantone und damit mehrere zuständige Behörden beteiligt sind.¹

C. Dauer der Veranstaltung

Bei den Bestimmungen über die erlaubte Dauer wird je nach dem mit der Veranstaltung verfolgten Zweck unterschieden. So wird den Total- und Teilausverkäufen, mit denen ein bestimmtes Lager liquidiert werden soll, eine längere Dauer eingeräumt, als den Sonderverkäufen, welche vornehmlich der Belebung des Geschäftsganges zu dienen haben.

1. Total- und Teilausverkauf

Ein Totalausverkauf soll in der Regel vier bis sechs Monate, ein Teilausverkauf ein bis zwei Monate dauern.² Die genaue Dauer der einzelnen Veranstaltung muss bereits vor ihrem Beginn festgelegt werden.³ Dabei sind der Warenvorrat,

¹Flüeler, 115, welcher mit Recht darauf hinweist, dass eine gleiche Situation bereits dann vorliegen kann, wenn kommunale oder Bezirksbehörden sich zu verständigen haben (so im Kt. NE: V Art. 2).

²Art. 10 Abs. 1 lit. a und b AVO

³Hindermann, 25

die Gattung der Ware und die Grösse des ansprechbaren Kundenkreises angemessen zu berücksichtigen.¹ Nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. a und b AVO sollen die Fristen für Total- und Teilausverkäufe "in der Regel" Geltung haben. Neben einer ohne weiteres im Einzelfall zulässigen kürzeren Dauer der Veranstaltung kann die als Richtlinie in der AVO angegebene Frist auch überschritten werden, wenn dies sachlich gerechtfertigt erscheint.² Wenn im Einzelfall aus wichtigen Gründen auch Abweichungen möglich sind, so ist die Regelung doch abschliessend und darf von den Kantonen nicht generell abgeändert werden.³ Mit dem Ansetzen von Fristen soll zunächst dem unzulässigen Warennachschub ein Riegel geschoben werden.⁴ Daneben wird mit der zeitlichen Befristung aber auch eine gewisse Garantie dafür geboten, dass tatsächlich eine Vergünstigung gewährt wird; dies deshalb, weil eine Räumung innert einer bestimmten Zeit eben nur Erfolg haben kann, wenn durch den besonderen Vorteil der nötige Kaufanreiz geschaffen wird.⁵ Mit diesen Zielen, welche als poli-

¹ H. Frey, 96

² Büren von, 235 N. 41

³ Giger, 258

⁴ Flüeler, 114

⁵ H. Frey, 103

zeitlich sinnvoll erscheinen, erfüllen die für die Dauer von Total- und Teilausverkäufe geltenden Fristen eine Aufgabe, die geeignet ist, zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr beizutragen.

2. Sonderverkauf

Die Sonderverkäufe dürfen während einer Dauer von höchstens drei Wochen zur Durchführung gelangen.¹ Anders als bei den oben erwähnten Total- und Teilausverkäufen stellt diese zeitliche Befristung nicht eine Richtlinie dar, sondern darf nach oben nicht überschritten werden. Da bei Sonderverkäufen das Schubverbot im Gegensatz zu den Total- und Teilausverkäufen nicht gilt, kann bei jenen die zeitliche Befristung nicht als Präventivmassnahme gegen eine Uebertretung desselben gerechtfertigt werden. Da die kurze Dauer auch nicht besser als eine längere dazu geeignet ist, Schwindel ganz allgemein wirksamer zu verhindern, lässt sie sich nicht als Massnahme zur Wahrung von Treu und Glauben bezeichnen.² Wenn auch richtig sein mag, dass

¹Art. 10 Abs. 1 lit. c AVO

²Da die Durchführung eines Sonderverkaufes möglichst gewinnbringend sein soll, ist die Schwindelgefahr bei kurzer Dauer eher grösser als bei entsprechend längeren Veranstaltungen.

Sonderverkäufe vor Weihnachten den regulären Handel überfluten würden und somit eine Kontrolle nur noch schwerlich möglich wäre,¹ so rechtfertigt sich deswegen eine Zulassung dieser Verkäufe während lediglich zweier kurzer "toter" Perioden nicht. Damit steht fest, dass wir es mit einer unzulässigen, wirtschaftspolitischen Massnahme zum Schutze des regulären Handels zu tun haben.²

D. Häufigkeit der Veranstaltungen

Vom verfolgten Zweck her gesehen, erscheint eine Regelung über die Häufigkeit der Veranstaltung eigentlich nur bei den Sonderverkäufen notwendig; Sinn der Total- und Teilausverkäufe ist ja bekanntlich das Zuendeverkaufen aller oder bestimmter Waren. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass ohne entsprechende Bestimmungen auch Total- und Teilausverkäufe ihrer starken Publikumswirkung wegen oft in kurzen Abständen schwindelhaft durchgeführt werden.

1. Sonderverkäufe

Diese Veranstaltungen können zweimal pro Jahr, nämlich je einmal am Ende der Winter- und Som-

¹Germann, 121

²Flüeler, 119

mersaison durchgeführt werden.¹ Wie bereits weiter oben aufgeführt, kann die enge Beschränkung der Sonderverkäufe nicht mit polizeilichen Motiven gerechtfertigt werden. Im Vordergrund steht das wirtschaftspolitische Ziel, den regulären Handel während der guten Verkaufszeiten, nämlich in der Hochsaison, vor unbequemer Konkurrenz zu schützen. Dieses Zusammendrängen der Sonderverkäufe führt zudem zu einer ungesunden, übersteigerten Kauflust beim Publikum, das von den nur kurzen, günstigen Kaufgelegenheiten Gebrauch machen will und häufig unnötige Einkäufe tätigt.

2. Wartefrist bei Total- und Teilausverkäufen

Ein Total- oder Teilausverkauf kann nur dann bewilligt werden, "wenn die Verkaufsstelle seit mindestens einem Jahr vom selben Inhaber, in derselben Ortschaft und mit gleichartigen Waren geführt worden ist."² Mit dieser Wartefrist wird eine Verhinderung gewerbsmässigen Ausverkaufs bezweckt.³ Wer nämlich an einem Ort einen Ausverkauf durchführt und mit den übriggebliebenen oder auch mit neuen, gleichen Waren, andernorts wieder einen Ausverkauf durchführt, entfremdet nicht

¹ Art. 9 Abs. 2 2. Satz AVO

² Art. 11 1. Satz AVO

³ Erläuterungen, 31

nur diese Veranstaltung ihrem eigentlichen Zweck, sondern tätigt auch verbotenen Warenschub in grossem Stil.¹ Damit ergänzt die bereits in Art. 17 Abs. 2 UWG enthaltene Wartefrist das Geschäftseröffnungsverbot² und das Schubverbot.³ Das mit der Wartefrist verbundene Ziel, nur solche Ausverkäufe zuzulassen, die ein Zuendeverkaufen bezwecken, ist klar auf die Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ausgerichtet, weshalb diese Vorschrift zu Recht besteht.

Während die Voraussetzung, nach welcher das Geschäft in derselben Ortschaft betrieben worden sein muss, keine Schwierigkeiten bietet, ist unklar, ob die "gleichartigen Waren" auf der Stufe des Detailhandels geführt worden sein müssen. Dem Wortlaut von Art. 11 AVO kann darüber nichts entnommen werden. Da jedoch grundsätzlich ein Total- oder Teilausverkauf ausser von einem Detaillisten auch von einem Engroshändler oder gar einem Fabrikanten durchgeführt werden kann, ist die Wartefrist auch erfüllt, wenn die gleichartige Ware während einem Jahr auf einer dieser beiden letztangeführten Handelsstufen geführt wurde.⁴ Schliesslich ist die Wartefrist auch

¹ H. Frey, 94

² vgl. weiter unten,

³ vgl. weiter unten,

⁴ a.M. Hindermann, 27

als erfüllt zu betrachten, wenn das Geschäft zwar in seiner rechtlichen Form umgewandelt, hingegen immer noch die gleiche Person massgebend daran beteiligt ist.¹ Beim Vorliegen besonderer Gründe wie Todesfall, finanzieller Notlage, Umzug u.a.m. kann im übrigen von der Wartefrist abgesehen werden;² dies jedoch nur, wenn keine Gefahr eines Missbrauchs besteht.³ Auch bei der Länge der Wartefrist steht es den Kantonen frei, in Abweichung zur AVO bei Totalausverkäufen eine Längstfrist von drei Jahren und bei Teilausverkäufen eine solche von zwei Jahren einzuführen.⁴

II. Sachliche Beschränkungen

A. Der Vor- und Nachschub von Waren

1. Allgemeines

Zunächst haben wir uns in Erinnerung zu rufen, dass in der AVO gemäss dem unterschiedlichen Zweck von Ausverkäufen einerseits und Sonder-

¹Wydler, 93

²Art. 11 2. Satz AVO

³Erläuterungen, 32

⁴Art. 26 Abs. 4 AVO; über die Zulässigkeit dieser Bestimmung vgl. weiter unten, 304ff.

Längere Wartefristen kennen:

Kt. AG (V § 7); Kt. SZ (V § 6); Kt. SO (V § 7); Kt. VD (G Art. 36); Kt. ZG (G § 11); Kt. NE (V Art. 5); Kt. VS (V Art. 7); Kt. FR (V Art. 12); Kt. AI (V Art. 4).

derverkäufen andererseits unterschieden wird. Während es bei Veranstaltungen der ersteren Art darum geht, einen vorhandenen Warenvorrat so rasch wie möglich abzustossen, dienen Veranstaltungen letzterer Kategorie der Belebung des Geschäftsganges. Wird nun bei einem Total- oder Teilausverkauf die ursprüngliche Warenmenge im Laufe der Veranstaltung vergrössert oder ständig ergänzt, entspricht die derartige Durchführung nicht mehr dem eigentlichen Sinn der Veranstaltung, welcher ja in einem möglichst raschen Zuendeverkaufen eines bestimmten Warenvorrates besteht.¹ In einem solchen Falle haben wir es vielmehr mit einer zweckentfremdeten Veranstaltung zu tun, welche nicht mehr der möglichst schnellen Räumung des Warenlagers, sondern vorab der Erzielung eines möglichst grossen Gewinnes dienen soll.² Ein Ausverkauf, bei welchem unmittelbar vor Beginn oder während der Durchführung neue Waren zum ursprünglichen Vorrat hinzugefügt werden, bewirkt beim Publikum zwangsläufig einen Irrtum über das wirkliche Ausmass der angebotenen Waren, welche mit Hilfe der Veranstaltung zuendeverkauft werden sollen. Durch den Einbezug zusätz-

¹Wydler, 62
Grünpeter, 38

²Wydler, 63

licher Waren erwirkt der Veranstalter zudem einen Vorteil gegenüber seinen Mitkonkurrenten, da diese die Veranstaltung länger zu erdulden haben, als der eigentliche Zweck des Ausverkaufs dies erfordern würde. Schliesslich wird ein zweckentfremdeter Ausverkauf, der ebenfalls Elemente eines Sonderverkaufes in sich trägt, zu einer unberechtigten Begünstigung, da die beschränkten zeitlichen und zum Teil auch die fiskalischen Bestimmungen den Ausverkauf milder behandeln als den Sonderverkauf.¹

Eine solchermassen zweckentfremdete Durchführung eines Total- oder Teilausverkaufes verstösst nach dem Gesagten gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und ist im polizeilichen Interesse zu verhindern. Die entsprechenden Bestimmungen in der AVO, welche den Warenschub bei Ausverkäufen verbieten, sind denn auch bezüglich ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit nie in Zweifel gezogen worden.²

2. Der Grundsatz des Schubverbots und seine Kontrolle

Wer einen Ausverkauf durchführt, darf in denselben keine Waren einbeziehen, "die vor oder wäh-

¹Wydler, 65

²Wydler, 61
BGE 48 I 459
BGE 54 I 14

rend der Veranstaltung im Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden sind."¹ Beim zulässigen Einbezug zusätzlicher Waren zum bereits vorhandenen Warenvorrat wird zunächst je nach dem Zeitpunkt, in welchem die Vergrößerung oder Ergänzung des Warenlagers vollzogen wird, zwischen Warenvor- und Nachschub unterschieden; um einen Warenvorschub handelt es sich, wenn der Lagervorrat vor Beginn der Veranstaltung erweitert wird, ein Warennachschub liegt vor, wenn Waren nach dem Beginn der Veranstaltung zugeführt werden.²

a) Die zum Warenschub gehörenden Elemente

Damit überhaupt Waren vor- oder nachgeschoben werden können, muss ein bestimmter Warenvorrat vorhanden sein, der liquidiert werden soll und im Hinblick auf denselben der verbundene Schub erfolgt.³ Durch den Warenschub soll eine Vergrößerung des vorhandenen Warenvorrats erreicht werden. In der Regel wird die zusätzlich in die Ausverkaufsmasse einbezogene Ware auch räumlich derselben

¹Art. 13 Abs. 1 AVO

²Wydler, 61

a.M. Flüeler, der als massgeblichen Zeitpunkt denjenigen der Ankündigung betrachtet. (Flüeler, 125)

³Grünpeter, 39

eingegliedert werden. Dies ist jedoch nicht unbedingt notwendig, vielmehr kann eine unzulässige Erweiterung des Lagervorrates bereits dann vorliegen, wenn der Anschein erweckt wird, die Räumung beziehe sich auch auf die vor- oder nachgeschobene Ware.¹ Ein verbotener Warenschub liegt vor, wenn die nachträglich einbezogene Ware im Hinblick auf die Verkaufsveranstaltung angeschafft worden ist. Es ist somit zu untersuchen, in welchem Falle die Ware als "im Hinblick auf den Ausverkauf" angeschafft zu betrachten ist. In der Verordnung selbst wird auf diese Frage keine Antwort gegeben. Eine denkbare Lösung stellt das Abstellen auf ein rein zeitliches Moment dar: alle Ware, die nach einem bestimmten Zeitpunkt angeschafft wird, gilt als im Hinblick auf den Ausverkauf angeschafft.² Zwar ist einzusehen, dass eine solche, auf das objektive Kriterium eines bestimmten Zeitpunktes abstellende Regelung einfach und wirksam kontrolliert werden könnte. Daneben würde jedoch die Festlegung eines bestimmten Zeitpunktes unübersehbare Nachteile mit sich bringen. So wäre es ein leichtes, das Schubverbot dadurch zu umgehen, dass zu-

¹Wydler, 67f.

²Germann, Vorschläge, 217

sätzliche Waren vor dem entscheidenden Termin angeschafft werden. Zudem dürfte es nicht leicht sein, einen für alle Branchen geltenden einheitlichen Stichtag festzulegen. Aus diesen Ueberlegungen erscheint das Abstellen auf das bloss äussere Moment einer zeitlichen Grenze nicht geeignet zur Unterscheidung zwischen Ware, welche für den regulären Verkauf angeschafft und solcher, die im Hinblick auf den Ausverkauf erworben wurde. Zweckmässiger ist es u.E., wenn als entscheidendes Kriterium die Absicht des Kaufmanns herangezogen wird, welche er mit der Anschaffung der Ware verfolgt. Massgebend muss sein, ob der Kaufmann im Zeitpunkt, in welchem er die Ware kauft, bereits die Absicht hegt, dieselbe im Ausverkauf zu veräussern, sie also zur ursprünglichen Ausverkaufsmasse hinzuzufügen.¹ Damit ist es dem Kaufmann richtigerweise erlaubt, vor und während eines Teilausverkaufes beliebige Waren für den regulären Verkauf anzuschaffen. Immerhin sind dabei die Bestimmungen über die Aussonderung zu beachten.² Die Absicht, eine bestimmte Ware in den Ausverkauf einzubeziehen, muss bei deren schuldrechtlichen Erwerb, also z.B. bei deren Be-

¹Wydler, 69

²vgl. weiter unten, 295f.

stellung, und nicht im Zeitpunkt der Uebergabe vorliegen. Werden die Waren im eigenen Fabrikationsbetrieb hergestellt, muss die Absicht, sie im Ausverkauf abzusetzen, bei Beginn der Herstellung vorhanden gewesen sein.¹

Die verlangte Absicht muss dergestalt sein, dass der Kaufmann mit Sicherheit weiss, dass die entsprechende Ware im Ausverkauf angeboten wird; diese Absicht fehlt, wenn der Kaufmann zwar bei der Bestellung annimmt, die Ware im regulären Geschäftsgang noch vor einem geplanten Ausverkauf absetzen zu können, dies dann aber wegen ausserordentlichen Umständen (etwa abnormal schlechtem Umsatz) nicht möglich ist.² Anders liegt jedoch die Absicht vor, wenn der Kaufmann vor einem Ausverkauf Waren in solcher Menge bezieht, dass er mit Sicherheit annehmen muss, dieselben nicht im regulären Geschäftsgang veräussern zu können. Als Folge unserer Annahme, dass nur die Absicht des Kaufmannes im Zeitpunkt der Anschaffung massgeblich ist, kann es keine Rolle spielen, welcher Art die rechtlichen Verhältnisse in Bezug auf die vor oder während eines Ausverkaufs angeschafften Waren

¹Büren von, 237 N. 51

²Wydler, 71

sind. Hat ein Kaufmann Waren bestellt, bevor er überhaupt den Entschluss zu einem Ausverkauf fasste, kann er dieselben auch dann annehmen, wenn die Lieferung mitten in den Ausverkauf fällt. Soll es nur auf die Absicht im Zeitpunkt der Bestellung ankommen, muss die Annahme der Ware im soeben erwähnten Fall auch dann im freien Ermessen des Kaufmanns stehen, wenn er zur Abnahme der Ware nicht verpflichtet wäre.¹ Ebenso sind Warenbezüge aus Sukzessivlieferungsverträgen zu behandeln. Solche Lieferungen müssen in den Ausverkauf einbezogen werden können, wenn der Vertrag nicht gerade in der Absicht abgeschlossen wurde, das zu liquidierende Warenlager durch laufende Lieferungen zu alimentieren.² Ebenso wenig kann das Eigentum an der Ware eine Rolle spielen für die Zulässigkeit ihres Einbezugs in den ursprünglichen Warenvorrat.³ Nimmt man als massgebliches

¹Wydler, 72f.

a.M. Grünpeter, 40, der dann unzulässigen Schub annimmt, wenn keine Pflicht zur Abnahme der Waren besteht.

²Als analogen Fall führt Wydler den Kauf auf Abruf an, wo er den Einbezug in die Ausverkaufsmasse denn als zulässig erachtet, wenn die Bestellung ohne Alimentierungsabsicht erfolgte und der Abruf später nicht mehr möglich ist (Wydler, 75).

³So Wydler für die Kommissionsware (Wydler, 76, 77) Unzulässig ist deshalb die in einigen Kantonen bestehende Regelung, nach welcher in den Ausverkauf nur Waren einbezogen werden dürfen, welche im Eigentum des Veranstalters stehen. So etwa Kt. AI (V Art. 6).

Kriterium zur Erfassung verbotenen Warenschubs die Absicht, eine bestimmte Ware in einem Ausverkauf zu veräussern, können auch Warenschübe grossen Stils erfasst werden, wie dies der Fall ist, wenn ein Geschäft bereits in der Absicht eröffnet wird, in absehbarer Zeit einen Totalausverkauf durchzuführen.¹

Im weiteren präzisiert die AVO, dass unter der Anschaffung zusätzlicher Waren sowohl der Erwerb als auch deren Herstellung zu verstehen ist.² Da nur der Absicht im Zeitpunkt der Bestellung oder des Beginns der eigenen Herstellung Bedeutung für den unzulässigen Schub zukommt, kann nicht erheblich sein, ob die zusätzliche Ware von Dritten erworben oder im eigenen Fabrikationsbetrieb hergestellt wurde. Dies gilt auch hinsichtlich Produkten, die im Zeitpunkt des Ausverkaufs noch nicht fertiggestellt sind: wurde ihre Herstellung ohne die Absicht, sie im Ausverkauf zu veräussern, begonnen, ist der Einbezug in die Ausverkaufsmasse ohne weiteres möglich; erfolgte die Herstellung hingegen in der Absicht, Ware für den Ausverkauf herzustellen, liegt bei deren Einbezug unzulässiger Schub vor.³

¹Flüeler, 125

²Art. 13 Abs. 1 AVO

³Wydler, 80f.

b) Kontrolle über den unzulässigen Warenschub

Für die Beurteilung der Frage über den verbotenen Warenschub ist somit entscheidend, ob bei zusätzlich einbezogenen Waren in der Absicht gehandelt wurde, die Ausverkaufsmasse zu vergrössern. Da demnach auf ein subjektives Moment abzustellen ist, wird die entsprechende Ueberprüfung im einzelnen Falle nicht ganz problemlos sein.¹ Zu einer wirksamen Kontrolle bieten sich den zuständigen Behörden verschiedene Massnahmen an. Zunächst sind die Kantone ermächtigt, für die Veranstaltung von Total- und Teilausverkäufen ein Inventar über die einbezogenen Waren errichten zu lassen.² Von diesem Recht haben denn auch die meisten Kantone Gebrauch gemacht.³

Das Inventar kann eine wirksame Kontrolle jedoch nur dann ermöglichen, wenn die Kontrollbehörden auch Zugang zum Verkaufsladen und zum Warenlager haben. Einige Kantone haben denn auch das Recht auf Zugang ausdrücklich vorgesehen.

¹Büren von, 237 N. 51

²Art. 26 Abs. 1 lit. b AVO

³vgl. TABELLE IV, 222, 223

Neben dieser direkten Kontrolle muss die Behörde auch Einblick in die Geschäftsbücher, namentlich in die Liste der vor der Veranstaltung getätigten Bestellungen und der entsprechenden Bestellungen aus früheren Jahren haben.¹

Wird ein Verstoss gegen das Schubverbot festgestellt, kann zu dessen sofortiger Unterbindung das Geschäft oder bei einem Teilausverkauf die betreffende Abteilung vorübergehend geschlossen werden.² Ist die Trennung zwischen unzulässig vor- oder nachgeschobener Ware und der ursprünglichen Ausverkaufsmasse erfolgt, so wird zu entscheiden sein, ob bei bereits angelaufener Veranstaltung die Bewilligung zu entziehen ist oder dem Ausverkäufer gestattet werden soll, die Liquidation zu Ende zu führen. Davon unabhängig ist der Veranstalter strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

¹vgl. auch weiter unten, 324f.

²Art. 24. Abs. 1 AVO

3. Besondere Verhältnisse

Eine umfassendere Regelung des Warenschubs drängt sich bei Geschäften mit mehreren Filialen oder Verkaufsstellen auf. Einem solchen Unternehmen ist es zusätzlich zum vorhin behandelten Schubverbot untersagt, "während eines Ausverkaufs Ware aus solchen Verkaufsstellen einzubeziehen, denen nicht für dieselbe Zeit ein gleichartiger Ausverkauf bewilligt ist".¹

Diese Bestimmung ist somit ausgerichtet auf die Verhinderung von Warenverschiebungen zwischen den einzelnen Verkaufsstellen desselben Geschäftes. Jedoch ist das Verbot des Warenschubs lediglich während des Ausverkaufs und nur zwischen Verkaufsstellen gültig, die nicht gleichzeitig eine gleichartige Veranstaltung durchführen. Damzufolge ist einerseits ein Warenschub zwischen zwei Verkaufsstellen, welche gleichzeitig einen Totalausverkauf durchführen, unbeschränkt zulässig;² da der Veranstalter in einem solchen Fall ja für die Warenvorräte beider Verkaufsstellen eine Bewilligung eingeholt hat, ist der unzulässige Einbezug zusätzlicher Waren nicht zu

¹Art. 13 Abs. 2 AVO

²Büren von, 238 N. 53

befürchten und demzufolge gegen die freie Warenschiebung nichts einzuwenden.¹ Andererseits ist das Verschieben von Waren zwischen den Verkaufsstellen nur untersagt, wenn mindestens eine der betroffenen im Begriffe ist, einen Ausverkauf durchzuführen. Mit anderen Worten kann auch das Verschieben von Ware zwischen den einzelnen Verkaufsstellen völlig frei erfolgen. Immerhin gilt auch hier das Schubverbot nach Art. 13 Abs. 1 AVO; ¹ wird demnach eine Verkaufsstelle von einer oder mehreren anderen des gleichen Unternehmens Waren vollgestopft in der Absicht, diese in einem Ausverkauf abzusetzen, liegt ein unzulässiger Warenvorschub nach Art. 13 Abs. 1 AVO vor.

B. Das Geschäftseröffnungsverbot

1. Allegmeines

Wie bereits festgestellt, ist es der Zweck eines Total- oder Teilausverkaufes, den gesamten Warenbestand oder einen bestimmten Teil davon endgültig oder wenigstens vorübergehend abzustossen. Wird nun ein Total- oder Teilausverkauf mit der von Anfang an bestehenden Absicht durchgeführt,

¹Flüeler, 127

²Büren von, 238 N. 52

das Geschäft nach der Veranstaltung weiterzuführen, so ist offensichtlich, dass in einem solchen Fall das Institut des Ausverkaufs zweckentfremdet benutzt wird und dieses Gebaren als gegen Treu und Glauben verstossend betrachtet werden muss. Das in der AVO vorgesehene Geschäftseröffnungsverbot dient der Verhinderung von Ausverkäufen solcher Art. Das verfolgte Ziel ist somit dasselbe wie jenes der Wartefrist, welche sich ja mittels einer Sperrzeit für Ausverkäufe ebenfalls gegen gewerbsmässiges Veranstellen von Total- oder Teilausverkäufen richtet. Trotz diesem gleichen anvisierten Ziel handelt es sich jedoch bei der Wartefrist und dem Geschäftseröffnungsverbot um zwei verschiedene Massnahmen, welche völlig unabhängig voneinander zur Anwendung gelangen können.¹ Während nämlich durch die Wartefrist im Sinne von Art. 11 AVO das Veranstellen eines Ausverkaufes sofort nach der Eröffnung eines Geschäftes verhindert werden soll, sorgt das Geschäftseröffnungsverbot seinerseits dafür, dass der eigentliche Zweck eines Ausverkaufs eingehalten wird.

¹Flüeler, 135

2. Die Regel

a) beim Totalausverkauf

Die AVO sieht vor, dass die zuständige kantonale Behörde dem Gesuchsteller bei Erteilung der Bewilligung einen Totalausverkauf zu verbieten hat, "innert einer Sperrfrist von einem bis fünf Jahren seit Beendigung des Totalausverkaufes ein gleichartiges Geschäft in der Schweiz zu eröffnen."¹ Sofern nicht eine Ausnahmesituation vorliegt, hat die Bewilligungsbehörde somit zwingend ein Geschäftseröffnungsverbot aufzuerlegen. Verboten ist die Wiedereröffnung eines Geschäftes dann, wenn es sich um ein "gleichartiges" handelt. Gleichartigkeit liegt vor, wenn sich das neu eröffnete Geschäft mit dem Handel gleicher Waren oder zumindest gleicher Warengruppen befasst.² Während von Büren und Flüeler davon ausgehen, dass ein gleichartiges Geschäft bereits vorliegt, wenn mit gleichen Waren gehandelt wird³, nimmt Wydler an, das Verbot erstrecke sich nur auf Neueröffnungen von Geschäften, die Handel mit gleicher Ware auf der Stufe Detailhandel betrei-

¹Art. 16 Abs. 1 AVO

²Flüeler, 132, der von Waren zu gleichem Zweck spricht.

³Flüeler, 132

Büren von, 240 N. 59

treiben.¹ Mit dem Geschäftseröffnungsverbot soll wirksam verhindert werden, dass ein Kaufmann sich nach erfolgtem Totalausverkauf mit dem Verkauf gleicher Waren wieder an die Letztverbraucher wendet. Würde man nun lediglich die Wiedereröffnung eines Geschäftes auf der Stufe des Einzelhandels verbieten, könnte nicht völlig ausgeschlossen werden, dass ein Kaufmann nach durchgeführtem Ausverkauf sich mit der gleichen Ware auf Stufe Grosshandel oder gar als Produzent betätigt und sich, wenn vielleicht auch nur gelegentlich, wiederum an die Endverbraucher wendet. Soll die mit dem Geschäftseröffnungsverbot bezweckte Wirkung erreicht werden, muss demnach die Wiedereröffnung auf allen Handelsstufen verboten werden.

Neben der Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes sind gemäss der AVO dem Veranstalter eines Totalausverkaufes ebenso die Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven sowie die Umwandlung in ein solches verwehrt.² Schliesslich darf der Veranstalter sich während der Zeit des Geschäftseröffnungsverbotes auch nicht an einem gleichartigen Geschäft beteiligen; während dabei eine Be-

¹Wydler, 95

²Art. 16 Abs. 2 lit. a AVO

teiligung als stiller Gesellschafter bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften oder solchen mit beschränkter Haftung generell verboten ist, darf eine solche Beteiligung an Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften oder Genossenschaften zwar erfolgen, jedoch darf sie nicht eine massgebliche sein.¹ Wann eine Beteiligung massgeblich ist, lässt sich u.E. nicht generell bestimmen; es werden vielmehr die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles zu berücksichtigen sein. Bei den Kapitalgesellschaften wird das Verhältnis zwischen der Beteiligung und dem gesamten Kapital, bei der Genossenschaft die gesamte Mitgliederzahl von Bedeutung sein.²

Einer Beteiligung des Veranstalters steht jedoch nichts im Wege, wenn es sich beim Geschäft um dasjenige des Ehegatten oder eines nahen Verwandten handelt und dasselbe bei Bewilligungserteilung seit mindestens zwei Jahren bestanden hat.³ Eröffnet hingegen der Ehegatte oder ein naher Verwandter des Ausverkäufers unmittelbar nach der Veranstaltung ein gleichartiges Geschäfts, darf sich der Ver-

¹Art. 16 Abs. 2 lit. b AVO

²Giger, 263, der massgebliche Beteiligung auch ohne Stimmenmehrheit annimmt.

³Art. 16 Abs. 2, letzter Satz AVO

anstalter nicht daran beteiligen.¹ Dem Veranstanter kann es jedoch nicht verwehrt werden, in einem neuen Geschäft als Angestellter tätig zu sein.

Vom Verbot, ein Geschäft zu eröffnen, ist nur der Gesuchsteller betroffen. Demzufolge kann ein Angestellter oder auch ein Familienangehöriger ein neues, gleichartiges Geschäft eröffnen, sofern die Neueröffnung nicht faktisch auf eine unerlaubte Uebernahme hinausläuft. Handelt es sich beim Gesuchsteller um eine Gesellschaft oder eine juristische Person, ist das Verbot einerseits der Gesellschaft oder juristischen Person, andererseits auch "den gesellschaftsführenden Gesellschaftern oder den geschäftsführenden Mitgliedern der Organe und den sonst am Geschäft massgeblich Beteiligten" zu auferlegen.² Demnach müssen bei einer Kapitalgesellschaft neben den Organen auch die höheren zeichnungsberechtigten Angestellten mit dem Verbot belegt werden. Dies auch dann, wenn sie nicht selbst um die Bewilligung für den Totalausverkauf nachgesucht haben.

¹Erläuterungen, 37
Giger, 264

²Art. 16 Abs. 4 AVO

Die Dauer des Verbots hat sich nach den konkreten Verhältnissen zu richten und soll namentlich dem Grund des Totalausverkaufes Rechnung tragen.¹ Im Regelfalle hat das Verbot für die ganze Schweiz Geltung.²

b) beim Teilausverkauf

Gelangt ein Teilausverkauf zur Durchführung, weil eine bestimmte Warengattung oder Verkaufsabteilung aufgegeben wird, muss die zuständige Behörde dem Gesuchsteller verbieten, "innert einer Sperrfrist von einem bis zu drei Jahren seit Beendigung des Teilausverkaufs die aufgegebenen Warengattung oder Verkaufsabteilung wieder aufzunehmen."³ Im Gegensatz zum Totalausverkauf ist es dem Veranstalter eines Teilausverkaufes trotz der Sperrfrist nicht untersagt, sich an gleichartigen Warengattungen oder Verkaufsabteilungen zu beteiligen.⁴ Da eine Uebernahme (mit Aktiven und Passiven) bei Warengattungen oder Verkaufsabteilungen begrifflich unmöglich ist, stellt die AVO der Wiederaufnahme lediglich die Umwandlung

¹Erläuterungen, 37

²Art. 16 Abs. 1 AVO

³Art. 16 Abs. 3 AVO

⁴dies folgt e contrario aus Art. 16 Abs. 3 AVO

gleich.¹ Mit Rücksicht auf die im allgemeinen bei einem Teilausverkauf wohl geringere zum Verkauf gelangende Warenmenge ist die Dauer der Sperrfrist weniger lang als bei Totalausverkäufen, gilt jedoch auch für das Gebiet der gesamten Schweiz. Im übrigen gilt auch für das Verbot der Wiederaufnahme bei Teilausverkäufen inbezug auf seinen personellen Geltungsbereich das beim Geschäftseröffnungsverbot nach Totalausverkäufen gesagte.

3. Die Ausnahmen

Vom Grundsatz der Sperrfrist zur Wiedereröffnung eines gleichartigen Geschäftes oder zur Wiederaufnahme einer bestimmten Warengruppe oder Verkaufsabteilung kann in bestimmten Fällen ganz oder teilweise abgewichen werden. Die Umschreibung solcher Ausnahmen findet sich in Art. 17 AVO.

a) Anfängliche Ausnahme

Ist bereits bei der Erteilung der Bewilligung zu einem Total- oder Teilausverkauf ersichtlich, dass eine Sperrfrist das "wirt-

¹Flüeler, 133
Art. 16 Abs. 3, letzter Satz AVO

schaftliche Fortkommen des Betroffenen übermässig erschweren" oder aus anderen Gründen "unbillig erscheinen" würde, kann vom Verbot abgewichen oder dasselbe räumlich beschränkt werden.¹ Zu denken ist etwa an den Fall eines älteren Kaufmanns, dem eine branchenfremde Betätigung nicht mehr zugemutet werden kann und der in seiner angestammten Branche seines fortgeschrittenen Alters wegen keine Anstellung mehr findet;² andererseits kann der Total- oder Teilausverkauf infolge einer besonderen, unvorhergesehenen Zwangslage durchgeführt werden müssen, so dass eine Sperrfrist unbillig erschiene. Zu denken ist hier an die unvorhergesehene Kündigung des Mietverhältnisses bei einem Geschäft, wo der Transport der Ware nicht zumutbar ist.³ Im konkreten Fall bleibt es der Bewilligungsbehörde überlassen, eine Ausnahme anzunehmen. Dabei muss eine sachlich gerechtfertigte Lösung gefunden werden, was infolge der doch recht unbestimmten Umschreibung der Ausnahmesituation etliches Feingefühl nötig macht. Eine Ausnahme ist wohl immer

¹Art. 17 Abs. 1 AVO

²Flüeler, 136

Ob allerdings die Wiedereröffnung des Geschäftes in einem solchen Fall zweckmässig ist, ist eine andere Frage.

³Wydler, 98

dann angezeigt, wenn keine Gefahr eines Missbrauchs vorliegt.¹

b) Nachträgliche Ausnahmen

Stellen sich erst nachträglich Gründe ein, die das auferlegte Verbot als unbillig erscheinen lassen, "so kann eine Ausnahme vom Verbot oder eine räumliche oder zeitliche Beschränkung desselben bewilligt werden."² Solche Ausnahmen werden wohl meist in finanziellen Notlagen bestehen, welche durch eine Wiedereröffnung des Geschäftes behoben werden können. Zum Aussprechen von Aufhebungsverfügungen ist die Behörde desjenigen Kantons zuständig, in welchem die Neueröffnung stattfinden soll; immerhin ist die Behörde, welche das Verbot ausgesprochen hat, in solchen Fällen ebenfalls anzuhören.³ Diese Zuständigkeitsregelung geht davon aus, dass die Behörde des Ortes, an welchem das neue Geschäft eröffnet werden soll, zur Beurteilung der im konkreten Fall vorhandenen Gründe zur Aufhebung oder Beschränkung des auferlegten Verbotes am besten in der Lage ist.¹

¹Erläuterungen, 38

²Art. 17 Abs. 2 AVO

³Art. 17 Abs. 2 AVO

4. Besonderer Fall

Findet ein Totalausverkauf in einem Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen in nur einer einzelnen derselben statt, so ist das Verbot "in der Regel auf das Wirtschaftsgebiet zu beschränken, in welchem sich die Verkaufsstelle befindet."² Somit steht der Eröffnung einer neuen Filiale oder Verkaufsstelle in einem anderen Wirtschaftsgebiet nichts im Wege.

5. Verfahrensrechtliches

a) Zuständigkeit

Wird um eine Bewilligung für einen Total- oder Teilausverkauf nachgesucht, so hat sich die für die Erteilung zuständige Behörde zugleich auch über das Geschäftseröffnungsverbot oder eine eventuelle Ausnahme davon auszusprechen. Ausser im Kanton AR obliegt der Entscheid über die Festsetzung eines solchen Verbotes oder der Ver-

¹Erläuterungen, 38

²Art. 17 Abs. 3 AVO

fügung einer entsprechenden Ausnahme in allen Kantonen der Bewilligungsbehörde.¹ Wird erst nachträglich die Gewährung einer Ausnahme in Erwägung gezogen, so hat darüber die Behörde am Ort der Wiedereröffnung zu entscheiden.

b) Veröffentlichung

Sowohl das Verbot wie auch das Gewähren einer Ausnahme müssen von der zuständigen Behörde im SHAB veröffentlicht werden.² Mit dieser Massnahme sollen neben der mit der Kontrolle betrauten Behörden auch Dritte, vorab die Mitkonkurrenten in die Lage versetzt werden, an der Kontrolle mitzuwirken.³ In einigen Kantonen wird die Veröffentlichung zudem im kantonalen Amtsblatt vorgenommen.⁴

¹ Kt. AR (V Art. 1 Abs. 2)

² Art. 18 AVO

³ Erläuterungen, 39

⁴ So Kt. OW (G Art. 11); Kt. SZ (V § 15); Kt. GR (V Art. 8); Kt. ZG (G § 17); Kt. BS (V § 7); Kt. SG (V Art. 7); Kt. TG (V § 7); Kt. LU (V § 8).

6. Zu widerhandlung gegen das Verbot

Wie für den gesamten Vollzug der AVO haben die Kantone auch für die Durchsetzung des Geschäftseröffnungsverbotes und die verbotene Wiederaufnahme einer Warengattung oder Verkaufsabteilung zu sorgen.¹ Zur Erfüllung dieser Aufgabe sind die Kantone ausdrücklich ermächtigt, im Bedarfsfalle das entgegen dem zu Recht bestehenden Verbot wieder eröffnete Geschäfte vorübergehend schliessen zu lassen.² Liegt keine eigentliche Wiedereröffnung, sondern lediglich eine verbotene Bewilligung an einem solchen vor, ist vor der Schliessung "eine angemessene Frist zur Auflösung oder Rückbildung des Beteiligungsverhältnisses anzusetzen."³ Mit dieser vorherigen Fristansetzung wird Rücksicht auf die Mitinhaber eines solchen Geschäftes genommen.⁴ Wenn auch richtig ist, dass die vorübergehende Schliessung des Geschäftes einen schweren Eingriff in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung als Einzelnen darstellt, muss jedoch bei einer Uebertretung des Eröffnungsverbotes rasch eingegriffen werden, wenn die Mitbewerber und das Publikum vor unlauteren Machenschaften gewisser Kaufleute wirksam bewahrt werden sollen.

¹Art. 24 Abs. 2 AVO

²Art. 24 Abs. 3 AVO

³Art. 24 Abs. 3, letzter Satz AVO

⁴Flüeler, 138

Neben der verwaltungsrechtlichen Massnahme der vorübergehenden Geschäftsschliessung muss gegen den Zuwiderhandelnden auch strafrechtlich vorgegangen werden. Dabei ist dieses Verfahren völlig unabhängig vom Verwaltungsverfahren und in der Regel auch von einer anderen Behörde zu führen.

7. Verfassungs- und gesetzesrechtliches

a) Allgemeines

Da mit der Durchführung eines Total- oder Teilausverkaufes das zumindest zeitweilige Ausscheiden aus dem Kreis der Mitkonkurrenten verbunden ist, verstösst die verbotene Wiedereröffnung oder Wiederaufnahme bestimmter Warengruppen gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Es ist demnach wünschbar, wenn mit gesetzlichen Massnahmen den unzulässigen Wiedereröffnungen entgegengetreten wird. Ueber die Frage, welche Mittel zu diesem Zwecke angewendet werden dürfen, gehen allerdings die Meinungen auseinander. Bereits vor dem Inkrafttreten der AVO kannten einige kantonale Regelungen das verwaltungsrechtliche Institut des Geschäftseröffnungsverbotes. Das Bundesgericht erachtete jedoch diese kantonalen Vorschriften als grundsätzlich mit der HGF unvereinbar. Im wesentlichen begründete das Bundesgericht diese Auffassung damit, dass "die normale Fortsetzung eines Handelsgeschäftes nach Ablauf der Ausverkaufsfrist" als "erlaubter Ge-

schäftsbetrieb unter dem Schutze des Art. 31 BV" stehe.¹ An dieser Rechtsprechung, nach welcher das Geschäftseröffnungsverbot eine an sich erlaubte Verkaufstätigkeit verbietet und demzufolge unzulässig ist, hielt das Gericht in konstanter Praxis fest.² Trotz dieser langjährigen Praxis wurde bei Erlass des UWG das Geschäftseröffnungsverbot nach erfolgtem Totalausverkauf ausdrücklich vorgesehen.³ Dabei wurde den Erwägungen des Bundesgerichtes bewusst die Beachtung versagt.⁴

b) Das Geschäftseröffnungsverbot nach
erfolgtem Totalausverkauf

Das Verbot, nach einem Totalausverkauf innert einem Zeitraum von einem bis zu fünf Jahren ein gleichartiges Geschäft zu eröffnen, ist wie erwähnt bereits in Art. 17 Abs. 3 UWG vorgesehen; diese Bestimmung wurde unverändert auch in die AVO übernommen.⁵ Wie das Bundesgericht in seiner Praxis zu den kantonalen Geschäftseröffnungs-

¹BGE 48 I 459

²BGE 57 I 380
BGE 59 I 268

³Art. 17 Abs. 3 UWG

⁴Sten. Bull. StR 1943 220

⁵Art. 16 Abs. 1 AVO

verboten zutreffend festgestellt hat, kann der reguläre Weiterverkauf nach erfolgtem Totalausverkauf nicht als unerlaubt betrachtet werden. Wird nun eben dieser Verkauf verboten, können dafür keine polizeilichen Gründe geltend gemacht werden. Vielmehr kann ein solches Verbot nur als Strafe für die zweckentfremdete Veranstaltung des vorausgegangenen Ausverkaufs betrachtet werden. Das Geschäftseröffnungsverbot verfolgt somit keinen polizeilichen Zweck, und ist als verfassungswidrig zu betrachten.¹ Da jedoch Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können, ist einer weiteren, zwar unzulässigen Anwendung des Geschäftseröffnungsverbots nur mit einer entsprechenden Gesetzesänderung entgegenzutreten.²

c) Das Wiederaufnahmeverbot nach erfolgtem
Teilausverkauf

Obwohl im UWG nur von einem Geschäftseröffnungsverbot nach Totalausverkäufen die Rede ist, sieht die AVO zusätzlich ein Wiederaufnahmeverbot nach erfolgtem Teilausverkauf vor.³ Diese vom Verwaltungsgeber vorgenommene Ausdehnung des Verbots

¹Flüeler, 131

²Art. 113 Ziff. 3 BV

³Art. 16 Abs. 3 AVO

ist ohne weiteres als zweckmässig zu bezeichnen.¹ Hingegen bedeutet diese Zweckmässigkeit nicht auch die Gesetzmässigkeit der Erweiterung; diese ist lediglich dann gegeben, wenn sich die Bestimmung in der AVO im Rahmen der Delegationsnorm, mithin von Art. 17 UWG, hält.² In Art. 17 Abs. 3 UWG ist das Geschäftseröffnungsverbot nach Totalausverkäufen vorgesehen. Wenn demgegenüber die AVO eine Wiederaufnahme auch nach Teilausverkäufen verbietet, setzt sie sich mit dieser Bestimmung klar über den Wortlaut der Delegationsnorm hinweg. Von einer gesetzmässigen Regelung kann somit nicht die Rede sein.³

C. Die Aussonderung

Werden im Rahmen einer der AVO unterstellten Verkaufsanstaltung Waren zu besonderen Konditionen angeboten, müssen dieselben besonders gekennzeichnet und "nach Möglichkeit getrennt" von den übrigen, nicht einbezogenen Waren, gehalten werden.⁴ Eine solche Trennung der Waren ist lediglich dann vorzunehmen, wenn

¹Flüeler, 131

²BGE 100 Ib 144

³Büren von, 240 N. 57

a.M. Flüeler, 131

⁴Art. 12 AVO

einerseits mit einem bestimmten Teil des Warenbestandes eine Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung durchgeführt und andererseits das restliche Warenangebot zu regulären Bedingungen verkauft wird. Werden von der Veranstaltung sämtliche Waren erfasst oder findet sie in einem separaten Verkaufsort statt, braucht eine besondere Aussonderung nicht zu erfolgen.¹ Keine grossen Schwierigkeiten bietet das deutliche Bezeichnen der in die Veranstaltung einbezogenen Waren; meist wird eine solche mittels individueller, auffälliger Etiketten mit dem reduzierten und allenfalls dem früher geltenden Preis erreicht. Daneben kann jedoch auch eine ganze Warengruppe mittels grosser Plakate als zur Sonderveranstaltung gehörend gekennzeichnet werden.

Eine räumliche Trennung der einbezogenen Waren kann jedoch oftmals aus Platzgründen nicht bewerkstelligt werden. Selbst wenn jedoch die Möglichkeiten zur Aussonderung vorhanden sind, sollen an dieselbe nur diejenigen Anforderungen gestellt werden, welche zur Erhaltung des Ueberblicks unbedingt nötig sind.² Sowohl die besondere Kennzeichnung als auch die räumliche Trennung haben zum Zweck, dem kaufwilligen Publikum die Uebersicht darüber zu ermöglichen, welche Waren in die Sonderveranstaltung einbezogen sind und

¹Hindermann, 37

²Flüeler, 124

welche regulär verkauft werden.¹ Bei einer Vermischung wäre die Gefahr gross, dass der Käufer einen bestimmten Artikel in der Meinung erwerben würde, es handle sich um eine besonders günstige Gelegenheit, während es sich tatsächlich um einen Verkauf zu regulären Bedingungen handelt.² Durch solche Vermischung wäre es dem Publikum im Falle eines Total- oder Teilausverkaufes zudem verunmöglicht, sich ein Bild über den Umfang der vorhandenen Ausverkaufsmasse zu machen.³ Schliesslich wird durch die Aussonderung auch die Kontrolle der Veranstaltung durch die Behörde besonders über den bei Total- und Teilausverkäufen verbotenen Warenschub, stark erleichtert.⁴ Durch die Aussonderung erhält somit der Käufer die nötige Uebersicht und wird vor eventuellen Täuschungen geschützt; der polizeiliche Charakter dieser Vorschrift ist offensichtlich.

VI. Räumliche Beschränkungen

Grundsätzlich überlässt es der Ordnungsgeber dem Veranstalter, den Durchführungsort des besonderen Verkaufs zu wählen. So ist es ohne weiteres denkbar, dass ein

¹Erläuterungen, 32

²Wydler, 107

³Wydler, 107

⁴Erläuterungen, 32

Totalausverkauf nicht im angestammten Verkaufslokal, sondern in anderen Räumlichkeiten zur Durchführung gelangt; gegen eine solche Ortsverlegung ist jedenfalls solange nichts einzuwenden, als durch sie nicht ein Mitbewerber stark konkurrenziert wird.¹ Um einen Missbrauch solcher Art zu unterbinden, gibt die AVO den Kantonen die Möglichkeit, die Verkaufsveranstaltungen auf die Geschäftsräumlichkeiten zu beschränken.² Eine solche Beschränkung des Verkaufs auf das ursprüngliche Verkaufslokal erscheint u.E. dann als angemessen, wenn in Ausnahmefällen davon abgewichen werden kann.

¹ Germann, Vorschläge 219
ähnlich Kt. NE: V Art. 6, welcher eine Verlegung nur dann zulässt, wenn sich das neue Verkaufslokal nicht näher als 100 Meter vom nächsten Konkurrenten entfernt befindet.

² Art. 25 Abs. 1 lit. c AVO
TABELLE VIII, 299, 300

KANTONE	<u>Beschränkung der Veranstaltung auf die Geschäftsräume</u>		
Obwalden	G Art.	8:	in der Regel Beschränkung auf die bisherigen Räume
App Ausserr.	V Art.	3:	Beschränkung auf die Geschäftsräume
Nidwalden	V Art.	8:	Beschränkung auf die bisher verwendeten Räumlichkeiten
Basel-land	V §	7:	Beschränkung auf bisher benutzte Geschäftsräume
Aargau	V §	10:	Beschränkung auf bisherige Geschäftsräume; das Departement des Innern kann Ausnahmen gestatten
Uri		----	
Tessin	G Art.	6:	Beschränkung auf Geschäftsräumlichkeiten
Schwyz	V §	9:	Sonderverkäufe sind auf normale Geschäftsräume beschränkt. Ausnahmen sind möglich
Solothurn	V §	5:	Aus- und Sonderverkäufe sind nur in bisher benutzten Räumen möglich Ausnahmen können vorgesehen werden.
Glarus		----	
Graubünden	V Art.	5:	Beschränkung auf normale Räume. Ausnahmen sind möglich.
Vaud	G Art.	32:	Beschränkung von Sonder- und Ausverkäufen auf normale Geschäftsräume. Ausnahmen sind möglich.
Zug	G §	13:	Beschränkung auf normale Geschäftsräume

KANTONE	<u>Beschränkung der Veranstaltung auf die Geschäftsräume</u>		
Neuenburg	V Art.	6:	Beschränkung auf normale Geschäftsräume. Ausnahmen möglich für Teil- und Totalausverkäufe, jedoch darf die gewählte Verkaufsstelle sich nicht näher als 100 m bei einer Konkurrenzfirma befinden.
Genf	G Art.	9:	in der Regel soll der Ausverkauf in den Geschäftsräumen stattfinden.
Basel-Stadt	V §	4:	Aus- und Sonderverkäufe sind in der Regel auf das Geschäftslokal beschränkt.
St.Gallen	V Art.	9:	Die Veranstaltungen sind auf das Geschäftslokal beschränkt. Keine Ausnahmen vorgesehen.
Zürich	V §	7:	Beschränkung auf das Geschäftslokal. Ausnahmen sind möglich, wenn Lokal unbenutzbar oder in schlechter Lage.
Schaffhausen		----	
Thurgau	V §	11:	Beschränkung auf das Geschäftslokal. Ausnahmen sind möglich.
Wallis	V Art.	5:	Beschränkung auf die gewöhnlichen Lokale, keine Ausnahmen vorgesehen.
Bern/Jura	G Art.	25:	Beschränkung in der Regel auf das Geschäftslokal. Ausnahmen sind möglich.
Fribourg	V Art.	17:	Beschränkung auf die Geschäftsräume. Keine Ausnahmen vorgesehen.
App Innerr.	V Art.	5:	Beschränkung auf die bisherigen Lokale. Keine Ausnahmen vorgesehen.
Luzern	V §	5:	Beschränkung auf die bisherigen Geschäftslokale.

KAPITEL 8

VOLLZUG DER AVO

I. Aufgaben der Kantone

Die Kantone haben die bundesrechtlichen Vorschriften über den Ausverkauf zu vollziehen. Dies legt bereits der Gesetzgeber im UWG fest, indem er die kantonale Behörde als für die Bewilligungserteilung zuständig erklärte.¹ In der AVO selbst wurde dieser den Kantonen erteilte Auftrag ausdrücklich festgehalten; so wird den Kantonen vorgeschrieben, die zuständigen Behörden zu bezeichnen und das Verfahren zu ordnen.² Zum Vollzug der Ausverkaufsvorschriften gehören einerseits der Erlass der nötigen Ausführungsvorschriften, andererseits aber auch die tatsächliche Durchsetzung der materiellen Bestimmungen der AVO.³

Zunächst haben demnach die Kantone dafür zu sorgen, dass in ihrem Gebiet die AVO angewendet werden kann, was insbesondere bedeutet, dass die für die Erteilung, Verweigerung und den Entzug der Bewilligung, für das Aussprechen

¹Art. 17 Abs. 1 UWG

²Art. 24 Abs. 1 AVO

³Erläuterungen, 42

des Geschäftseröffnungsverbotes, einer allfälligen Ausnahme davon sowie der Veröffentlichung zuständige Behörde zu bestimmen ist.¹

Zur eigentlichen Durchsetzung der in der AVO aufgestellten Vorschriften stehen den Kantonen in erster Linie administrative Massnahmen zur Verfügung. Dazu gehört neben der Verweigerung und dem Entzug der Bewilligung auch die vorübergehende Schliessung eines Geschäftes², die wir für den besondern Fall der verbotenen Wiedereröffnung eines Geschäftes bereits behandelt haben.³ Neben den verwaltungsrechtlichen Massnahmen kommen aber auch die zivil- und strafrechtlichen Sanktionen in Frage, wobei diese eigentlich nur indirekt der unmittelbaren Durchsetzung der AVO-Vorschriften dienen.

Die AVO sieht im weiteren vor, dass das EVD die Oberaufsicht über den Vollzug ausübt.⁴ Diese Aufsichtsbehörde wirkt insofern auf den Vollzug ein, als sie den Kantonen durch das BIGA (zwar unverbindlich) Kreisschreiben zukommen lässt, welche eine möglichst einheitliche Anwendung der AVO gewährleisten sollen.

¹Flüeler, 139
vgl. auch TABELLE V, 225, 226

²Art. 24 Abs. 2 AVO

³Art. 24 Abs. 3 AVO
vgl. weiter oben, 279ff.

⁴Art. 28 Abs. 3 AVO

II. Befugnisse der Kantone

Neben der den Kantonen auferlegten Aufgabe, die AVO zu vollziehen, ist bereits im UWG vorgesehen, dass die Kantone "im Rahmen dieses Gesetzes weitere Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen" aufstellen und bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Zuwiderhandlung gegen dieselben Haft oder Busse androhen können.¹ Die Kantone können somit die AVO mit eigenen Vorschriften ergänzen; dabei haben sich solche Bestimmungen jedoch innerhalb des Rahmens zu bewegen, welcher durch das UWG und die AVO gesetzt sind. In der AVO findet sich eine Aufzählung einiger möglicher Beispiele von Ergänzungsvorschriften, die von den Kantonen jedoch beliebig erweitert werden kann.² Ein Eintreten auf mögliche, von der AVO aufgeführte ergänzende kantonale Bestimmung erübrigt sich an dieser Stelle, da bereits weiter oben festgestellt worden ist, welche Kantone die einzelnen Ergänzungen in ihre Vorschriften einbezogen haben.³ Neben den angeführten Beispielen bestehen in einzelnen Kantonen weitere ergänzende Vorschriften, so etwa über den Zeitpunkt, bis zu welchem das Gesuch um eine Bewilligung eingereicht

¹Art. 19 Abs. 1 UWG

²Art. 25 Abs. 1 lit. a - e AVO

³für Art. 25 Abs. 1 lit. a AVO vgl. weiter oben
TABELLE II, 218, 219
für Art. 25 Abs. 1 lit. b AVO vgl. weiter oben
TABELLE IV, 222, 223
für Art. 25 Abs. 1 lit. c AVO vgl. weiter oben
TABELLE VIII, 299, 300
für Art. 25 Abs. 1 lit. d AVO vgl. weiter oben, 214
für Art. 25 Abs. 1 lit. e AVO vgl. weiter oben,
TABELLE VI, 228, 229

werden muss und in welcher Zeit dasselbe von den Behörden zu behandeln ist.¹ Dass die Kantone befugt sind, bei Verstoss gegen solche Bestimmungen Haft oder Busse anzu-drohen, wird in Art. 27 AVO ausdrücklich festgehalten.² Es ist nochmals zu erwähnen, dass die Kantone zwar befugt sind, ergänzende Bestimmungen zu erlassen, dies wird jedoch von ihnen nicht verlangt. So ist es insbesondere nicht die Meinung, die Kantone hätten die teilweise recht weit gefassten materiellen Bestimmungen der AVO mit eigenen Vorschriften zu präzisieren; vielmehr sollen diese weitmaschigen AVO-Bestimmungen der anwendenden Behörde die Möglichkeit geben, im Einzelfall nach pflichtgemäsem Ermessen zu handeln.³

Neben ergänzenden Bestimmungen können die Kantone auch solche erlassen, die von der AVO abweichen.⁴ In einer abschliessenden Aufzählung⁵ von fünf Fällen wird den Kantonen erlaubt, Vorschriften zu erlassen, die für einzelne in der AVO behandelte Gebiete abweichende Regelung vorsehen. Auf die einzelnen Fälle, in denen Kantone von solchen Regelungen Gebrauch gemacht haben, muss an dieser Stelle nicht mehr zurückgekommen

¹ vgl. weiter oben, TABELLE III, 220, 221

² Dabei handelt es sich um eine Uebernahme von Art. 19 Abs. 1 UWG; vgl. auch weiter unten, 337f.

³ Giger, 232

⁴ Art. 26 AVO

⁵ Erläuterungen, 45

werden.¹ Abzuklären ist jedoch, ob Art. 26 AVO, welcher die Möglichkeit abweichender kantonaler Vorschriften vorsieht, überhaupt zu Recht besteht. Im UWG selbst wird den Kantonen die Möglichkeit, solche Bestimmungen zu erlassen, nicht eingeräumt. Im Gegenteil beschränkt sich das Gesetz ausdrücklich darauf, die Kantone zu ergänzenden Vorschriften zu berechtigen.² Mit dem Erlass der AVO wurde bezweckt, einheitliche Bestimmungen über das Ausverkaufswesen zu erlassen, da sich die bisherige kantonale Gesetzgebung auf diesem Gebiet als ungenügend erwiesen hatte.³ Es kann deshalb nicht angehen, dass der Bundesrat in seinen Ausführungsvorschriften ohne ausdrückliche Kompetenz den Kantonen das Recht zu eigenen, abweichenden Regelungen erteilt. Damit überschreitet er den Rahmen des UWG. Von der AVO abweichende kantonale Vorschriften, welche gestützt auf Art. 26 AVO erlassen worden sind, sind demnach als unzulässig zu betrachten, da ihnen die nötige gesetzliche Grundlage fehlt.⁴

¹ für Art. 26 Ziff. 1 AVO vgl. weiter oben, 224
für Art. 26 Ziff. 2 AVO vgl. weiter oben, TABELLE VII, 256, 257
für Art. 26 Ziff. 3 AVO vgl. weiter oben, 228
für Art. 26 Ziff. 4 AVO vgl. weiter oben, 267
für Art. 26 Ziff. 5 AVO vgl. weiter oben, 204

² Art. 19 Abs. 1 UWG

³ Sten. Bull. StR 1943, 78

⁴ Flüeler, 141

III. Das Erheben von Gebühren

A. Allgemeines

Den Kantonen wird bereits auf Gesetzesstufe ausdrücklich die Befugnis zugestanden, "für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen Gebühren zu erheben".¹ Eine Wiederholung dieses Grundsatzes ist auch ausdrücklich in Art. 25 Abs. 2 AVO niedergelegt. Es soll nun im folgenden untersucht werden, ob und in welchem Umfange die einzelnen Kantone von diesem Recht Gebrauch gemacht haben. Zu diesem Zwecke ist zunächst abzuklären, was unter dem vom Gesetzgeber erwähnten Begriff "Gebühr" zu verstehen ist; wollen wir jedoch die rechtliche Natur des Begriffs ergründen, kommen wir vorerst nicht darum herum, uns in einer kurzen Darstellung einen Ueberblick über die Arten der Abgaben an den Staat zu verschaffen.

1. Die Gebühr

Unter dem Rechtsbegriff der Gebühr ist "ein Entgelt für eine bestimmte, vom Pflichtigen veranlasste Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt" zu verstehen.² Daraus geht hervor, dass die Gebühr Entgeltcharakter besitzt

¹Art. 19 Abs. 2 UWG

²BGE 92 I 169

ähnlich: BGE 101 Ia 195, BGE 93 I 634

und für eine besondere Leistung des Gemeinwesens entrichtet werden muss.¹ Damit fällt die Gebühr unter die Kategorie der Kausalabgaben.² Ob die Inanspruchnahme des Staates vom Abgabepflichtigen gewollt ist oder ihm sogar einen Vorteil einbringt, ist für die Erhebung der Gebühr nicht von Bedeutung.³ Je nach der Art der Leistung des Gemeinwesens können die Gebühren grundsätzlich in Verwaltungsgebühren einerseits und Benutzungsgebühren andererseits eingeteilt werden.⁴ Innerhalb der Verwaltungsgebühren lassen sich zudem die Kanzlei-, die Bewilligungs- und die Kontrollgebühren unterscheiden.⁵ Die dem Gemeinwesen durch die spezielle Inanspruchnahme erwachsenen Kosten gedeckt werden.⁶

Als öffentliche Abgabe bedarf die Gebühr einer gesetzlichen Grundlage.⁷ Da die Erhebung von Gebühren zum Gebiet der Eingriffsverwaltung gehört,

¹Albisser, 27

²Blumenstein, 2

³Blumenstein, 2f.

⁴M. Imboden, Rechtsprechung, 509 Nr. 412

⁵Albisser, 32

⁶H. Marti, 177 N. 335: Für Marti ergibt sich dieses Kostendeckungsprinzip bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

M. Imboden, Rechtsprechung, 510 Nr. 412

⁷H. Marti, 176 N. 333

kommt diesem Erfordernis eine ganz besondere Bedeutung zu.¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss jede öffentliche Abgabe, somit auch die Gebühr, ihre rechtliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben.² Von diesem Grundsatz sind lediglich die Kanzleigeühren ausgenommen.³ Wenn auch bestimmte Einzelfragen einer Abgaberegulation in Verordnungen, die von der Exekutive erlassen werden, festgelegt sein können, müssen doch die Grundzüge in einem formellen Gesetz niedergelegt sein. Dazu gehören insbesondere Angaben über den Kreis der Abgabepflichtigen, über den Gegenstand der Abgabe sowie die massgebenden Bemessungsgrundlagen.⁴

2. Die Steuer

Im Gegensatz zur Gebühr handelt es sich bei der Steuer um eine Abgabe, die voraussetzungslos, also ohne spezielle Gegenleistung des Gemeinwesens geschuldet ist.⁵ Einzige Voraussetzung

¹ M. Imboden, Besteuerung, 257f.

² BGE 105 Ia 4
BGE 95 I 251

³ BGE 97 I 203

⁴ Höhn, 70 N. 40
BGE 105 Ia 4

⁵ BGE 93 I 634
BGE 95 I 506

zur Erhebung einer Steuer bildet die Tatsache, dass das Steuersubjekt unter die Gebietshoheit des betreffenden Gemeinwesens fällt.¹ Eine Steuer hat somit primär rein fiskalischen Charakter, sie dient m.a.W. der öffentlichen Hand zur Beschaffung von Geldmitteln.² Als öffentliche Abgabe bedarf auch die Steuer einer gesetzlichen Grundlage.³ Wie in dieser Arbeit bereits festgestellt, befreit die HGF den privatwirtschaftlich Erwerbstätigen nicht von der allgemeinen Steuerpflicht.⁴ In unserem Zusammenhang interessiert jedoch nicht diese allgemeine Steuer, sondern lediglich die spezielle Gewerbesteuer, welche die Kantone auf Grund der BV erheben können.⁵ Eine Gewerbesteuer liegt dann vor, wenn einzelne Gewerbezweige oder spezielle Betriebs- oder Verkaufsformen neben der allgemeinen zusätzlich einer speziellen Steuer unterliegen.⁶ Als beson-

¹Albisser, 24

²Höhn, 43 N. 4

³BGE 99 Ia 603

⁴H. Marti, 179 N. 341

Aubert, 693 N. 1945

Höhn, 67 N. 31

BGE 99 Ia 647

a.M. Christen, Wirtschaftsverfassung, 273f. und im Anschluss an diesen Autor: Hensel, 172

⁵Art. 31 Abs. 2 BV

⁶BGE 101 Ia 280

dere Art der Steuer gelten bei der Gewerbesteuer die gleichen Voraussetzungen, wie bei der allgemeinen, insbesondere hat auch sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage zu basieren.¹ Nach dem Wortlaut der BV ist bei der gewerblichen Sondersteuer für ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zudem erforderlich, dass sie den Grundsatz der HGF nicht verletzt.² Gemäss dem Text der Verfassung sind die kantonalen Gewerbesteuern somit unter dem Vorbehalt der HGF grundsätzlich erlaubt. In der Lehre wird nun allerdings die Meinung vertreten, dies sei ein Widerspruch der Verfassung, da eine besondere Besteuerung einzelner Gewerbebezüge ohnehin eine Verletzung der HGF bedeute.³ Ob eine Ungereimtheit in der Verfassung selbst tatsächlich besteht, kann u.E. jedoch dahingestellt bleiben, da den Kantonen die Erhebung von Gewerbesteuern ausdrücklich zugestanden wird; es ist somit davon auszugehen, dass solche Steuern die HGF eben auch dann nicht verletzen, wenn mit ihnen u.a. auch wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt werden.⁴

¹ BGE 102 Ia 114
BGE 100 Ia 66

² Art. 31 Abs. 2, 1. Satz (Teil 2) BV

³ H. Marti, 182 N. 351

⁴ Christen, Wirtschaftsverfassung, 276
Aubert, 693 N. 1946
Keller, 99

Es müssen nun immerhin bestimmte Voraussetzungen gegeben sein, damit eine besondere Gewerbesteuer nicht gegen die HGF verstösst. Einerseits soll die Rechtsgleichheit gewahrt bleiben, andererseits darf die Steuer nicht prohibitiv wirken.¹ Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung gilt primär unter Gewerbegegnossen.² Daneben gebietet dieses Erfordernis aber auch, dass von einer bestimmten Gewerbekategorie nur dann eine spezielle Steuer verlangt wird, wenn dieselbe sachlich begründet werden kann.³ Eine sachliche Rechtfertigung der besonderen Besteuerung wird bei Aus- und Sonderverkäufen in der Tatsache gesehen, dass bei solchen Veranstaltungen innert kurzer Zeit ein ausserordentlicher Gewinn erzielt werden kann.⁴ Das Bundesgericht hat denn auch eigentliche Gewerbesteuern auf Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen ausdrücklich als zulässig erklärt.⁵ Die Aus- und Sonderverkäufe fallen zweifelsohne aus dem Rahmen der normalen Verkaufstätigkeit eines Geschäftes heraus. Wenn sie deshalb im Gegensatz zum gewöhnlichen Verkauf

¹ Aubert, 693 N. 1947f.

² BGE 93 I 714
BGE 88 I 236

³ H. Marti, 185 N. 356

⁴ Aubert 693 N. 1946

⁵ BGE 79 I 213
BGE 75 I 112

einer besonderen Steuer unterliegen, kann dies ohne weiteres als sachlich gerechtfertigt betrachtet werden; so sind diese Veranstaltungen denn auch durchaus geeignet, die Erzielung eines gegenüber dem gewöhnlichen Verkauf erhöhten Gewinns zu ermöglichen. Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich gegen eine besondere Besteuerung dieser Veranstaltungen nichts einwenden.¹

Als zweites Erfordernis darf die kantonale Gewerbesteuer für den entsprechenden Erwerbszweig keine prohibitive Wirkung zeitigen.² Dabei ist die Gewerbesteuer dann prohibitiv, wenn "sie für das betreffende Gewerbe einen angemessenen Geschäftsgewinn verunmöglicht und dessen Ausübung in Frage stellt oder zumindest erheblich erschwert."³ Ob trotz Erhebung der Steuer die Erzielung eines angemessenen Gewinns möglich ist, beurteilt sich nach der wirtschaftlichen Lage aller in der betreffenden Branche tätigen Betriebe.⁴ So ist eine Gewerbesteuer dann nicht prohibitiv, wenn einzelne Betriebe einer Branche ihrer speziellen Struktur wegen in-

¹ a.M. H. Marti, 182 N. 352

² Hensel, 176

³ BGE 96 I 572
BGE 75 I 112

⁴ H. Marti, 186 N. 360
Hensel 180
BGE 87 I 32

folge der Steuer keinen Gewinn mehr erzielen können.¹

Bei der Besteuerung von Aus- und Sonderverkäufen hat das Bundesgericht die Grenze der maximal zulässigen Höhe der Steuer bei 5% des Umsatzes oder 1,5% des Wertes der zum Verkauf gelangenden Waren angesetzt.² Während das Bundesgericht das Höchstmass einer Steuer für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen einheitlich festlegt, wäre eine Differenzierung zwischen Total- und Teilausverkäufen einerseits und Sonderverkäufen andererseits sachlich gerechtfertigt. So ist im Regelfall die Gewinnmarge bei Total- und Teilausverkäufern infolge des durch die Zwangslage stark reduzierten Verkaufspreises erheblich kleiner als bei den Sonderverkäufen, weshalb jene auch einer entsprechend geringeren Steuer unterliegen sollten.

3. Die Gemengsteuer

Schliesslich kann eine öffentliche Abgabe sowohl Elemente einer Gebühr als auch einer Steuer enthalten. Stellt eine Abgabe zwar ein Entgelt für eine besondere Leistung des Gemeinwesens dar, übersteigt jedoch der Betrag den Gegenwert der staat-

¹BGE 79 I 217

²BGE 75 I 114

lichen Leistung, so hat der über die Gebühr hinausgehende Teil Steuercharakter, wir haben es in einem solchen Fall mit einer Gemengsteuer zu tun.¹ Auch die Gemengsteuer bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Soweit der Abgabe Gebührencharakter zukommt, sind auch die entsprechenden Grundsätze anzuwenden, soweit es sich hingegen um eine eigentliche Steuer handelt, gilt das für diese Abgabe gesagt.

4. Ergebnis

Da weder im UWG noch in der AVO die Ausgestaltung der den Kantonen zugestandenen "Gebühren" näher umschrieben wird, kann es sich dabei sowohl um reine Gebühren, um Gewerbesteuern oder aber um Gemengsteuern handeln. Insbesondere kann zur Feststellung der Rechtsnatur nicht allein auf den verwendeten Begriff der "Gebühr" abgestellt werden.² Auch das Bundesgericht stellt für die kantonalen Abgaben im Bereiche der AVO ausdrücklich fest, dass es sich dabei auch um eigentliche Gewerbesteuern handeln kann.³

¹Schwarzenbach, 126
Albisser, 51
BGE 82 I 302

²Keller, 27
Albisser, 26

³BGE 79 I 213

B. Die Ausgestaltung der kantonalen Ausverkaufsabgaben

Wie der TABELLE IX, S. 316, 317 und X, S. 318, 319 entnommen werden kann, erheben alle Kantone Abgaben für die Abhaltung von Teil- und Totalausverkäufen; ausser in den Kantonen VD und GE gilt dasselbe auch für die Sonderverkäufe.¹ Wenn auch ein Teil der Abgaben als Entgelt für den Aufwand der Kontrolltätigkeit der staatlichen Behörden zu betrachten ist², so lassen doch die zur Anwendung gelangenden Bemessungsgrundlagen der Abgabe auf deren steuerlichen Charakter schliessen.³ In allen Kantonen stellt daher die für Aus- und Sonderverkäufe erhobene Abgabe eine Gemengsteuer dar. Auch in Kantonen, welche zusätzlich zu einer Staatsgebühr noch eine spezielle Gemeindegebühr vorsehen⁴, erreichen

¹In den Kantonen VD und GE werden für Sonderverkauf gene-
relle Bewilligungen erteilt. Da bei solchen Bewilligungen
der zuständigen Behörde die erforderlichen Angaben über
den Umfang der einzelnen Sonderverkäufe fehlen, wird auch auf
die Erhebung einer Gebühr verzichtet.

²Im Kt. SO besteht die Abgabe u.a. aus der Kontrollgebühr
(§ 84bis Gebührentarif vom 20.4.1971)

³Flüeler, 168

Neben Kantonen, die lediglich eine Rahmensteuer vorsehen
und es der Behörde überlassen, den Betrag im konkreten Fall
nach Ermessen festzulegen, bemisst sich die Höhe der Abgabe
in anderen Kantonen nach dem in der Veranstaltung getätig-
ten Umsatz, dem Inventarwert des Warenlagers oder nach der
Anzahl der im Geschäft Beschäftigten.

⁴Kt. SO (§ 84bis Abs. 3 Gebührentarif); Kt. FR (V Art. 16);
Kt. LU (V § 7); Kt. VD (G Art. 33: nur für Total- und Teil-
ausverkäufe)

KANTONE

Gebühren für Total- und Teilausverkäufe

Obwalden	G Art. 12:	Fr. 60.-- bis Fr. 2'000.--, nach Monaten, Umfang und Ausmass des Lagers, sowie örtliche Lage- und Einzugsgebiet. 1/3 geht an Gemeinde
App Aus-serr.	V Art. 7:	Fr. 50.-- bis Fr. 500.-- pro Monat. In ausserordentlichen Fällen Reduktion oder Erlass
Nidwalden	V Art. 12:	Totalausverkauf: 200.-- bis 2'000.-- je nach Grösse Lager und Geschäft. Teilausverkauf : 100.-- bis 1'000.--
Basel-land	V § 9:	Nach Anzahl der Beschäftigten Fr. 60.-- bis Fr. 2'000.--. In Härtefällen Ermässigung oder gänzlicher Erlass.
Aargau	Dekret § 1:	Totalausv. : 1% Inventarwert, Fr. 50.-- bis Fr. 1'200.-- Teilausv. : 1,5% Inventarwert, Fr. 50.-- bis Fr. 1'600.--
Uri		----
Tessin	R Art. 8:	1% des Warenwertes, mindestens Fr. 200.--
Schwyz	V § 7:	Totalausv. : Fr. 50.-- bis Fr. 200.-- Teilausv. : Fr. 20.-- bis Fr. 100.--
Solo-thurn	Geb.Tarif § 84ter :	2% Inventarwert, Fr. 100.-- bis Fr. 1'000.--
Glarus	G Art. 22:	Totalausv. : 1% des Inventarwertes des Lagers, min. Fr. 20.-- je Monat Teilausv. : 1,5% Inventarwert der Ware, min. Fr. 25.-- je Monat
Grau-bünden	Gebühren-tarif Art. 1:	1. Monat: 1% Einstandswert Waren weitere : 1/3 Gebühr Vormonat. In besonderen Verhältnissen Reduktion möglich
Waadt	R Art. 65: G Art. 33:	1% Warenwert, minimum Fr. 100.-- Gemeinde kann ebensoviel wie Kanton verlangen
Zug	G § 21:	Totalausv. : 1% Inventarwert, min.Fr. 20.-- max.Fr.600.-- Teilausv. : 1% Inventarwert, min.Fr. 20.-- max.Fr.400.--

KANTONE

Gebühren für Total- und Teilausverkäufe

Neuenburg	V Art.	8:	Totalausv. : 0,5% geschätzter Warenwert, Fr. 100.- bis Fr. 300.- Teilausv. : 1% geschätzter Warenwert, Fr. 50.- bis Fr. 1'000.- zusätzlich "centimes additionels"
Genf	R Art. 1,2 :	2%	des Verkaufswertes der zu liqui- dierenden Ware, min. Fr. 200.-
Basel- Stadt	V §	8:	Je nach Grösse des Geschäftes und der Anzahl der Beschäftigten Fr.50.- bis Fr. 2'000.-
St.Gallen	V Art.	12:	1,25% des Inventarwertes, Fr. 25.- bis Fr. 3'000.- Herabsetzung bei Totalausv. möglich. Ohne Gebühr, wenn Totalausv. wegen Tod, Auflösung der Firma oder Wegzug aus dem Bezirk.
Zürich	G §	4:	2 % des Umsatzes, min. Fr. 50.- Davon gehen 2/5 an die Gemeinde
Schaff- hausen	G Art.	29:	Totalausv. : 1% Verkaufswert, min. Fr.30.- Teilausv. : 1,5% Verkaufswert, min.Fr.30.- Je zur Hälfte an Kanton und Gemeinde Erlass in Härtefällen möglich
Thurgau	V §	12:	1% des Verkaufspreises, min. Fr. 100.- max. Fr.1'500.- pro Monat, Ermässigung in Härtefällen
Wallis	G Art.	12:	Totalausv. : 1% Gestehtungspreis,Fr.100.- bis Fr. 1'500.- Teilausv. : 1% Gestehtungspreis,Fr. 60.- bis Fr. 750.- Je zur Hälfte an Kanton und Gemeinde In Sonderfällen Herabsetzung sowohl bei Gemeinde als auch Kanton.
Bern/Jura	G Art.	31:	1% Verkaufswert der angemeldeten Waren, min. Fr. 100.- bei Totalausv. min. Fr. 50.- bei Teilausv. Je zur Hälfte an Gemeinde und Kanton. In Sonder- fällen Ermässigung oder Erlass
Fribourg	V Art.	16:	Totalausv. : Fr. 100.- bis 500.- je nach Gesamtwert der Ware Teilausv. : Fr. 50.- bis 200.- je nach Gesamtwert der Ware Gemeinde zudem bis zu 5% der Staatsgeb.
App Inn- err.	V Art.	7:	Fr. 120.- bis Fr. 1'200.- In Härtefällen Ermässigung oder Erlass
Luzern	V §	7:	Totalausv. : 1,5% Wert der Ware, min.Fr.40.- Teilausv. : 1% Wert der Ware, min.Fr.40.- Zusätzliche Gebühr der Gemeinde (bis.100%)

KANTONE

Gebühren bei Sonderverkäufen

Obwalden	G Art. 12:	Fr. 60.-- bis Fr. 2'000.--, je nach Umfang Geschäft, Ausmass Lager, örtliche Lage und Einzugsgebiet 1/3 der Gebühr an Gemeinde
App Ausserr.	V Art. 7:	Fr. 10.-- bis Fr. 50.-- pro Tag
Nidwalden	V Art. 12:	Fr. 100.-- bis Fr. 1'000.--
Basel-land	V § 9:	Fr. 30.-- bis Fr. 1'000.-- In Härtefällen Ermässigung oder Erlass
Aargau	Dekret § 2:	1,5% des erzielten Umsatzes, Fr. 100.-- bis Fr. 6'000.--
Uri		----
Tessin	R Art. 8:	Fr. 15.-- pro beschäftigte Person, mind. Fr. 50.--
Schwyz	V § 7:	Fr. 20.-- bis Fr. 100.-- (je Monat)
Solothurn	Geb.Tarif § 84 bis :	Grundgebühr von Fr. 30.-- zusätzlich Personal- und Kontrollgebühr. Gemeinde max. Hälfte der Grund- und Personalgebühr
Glarus	G Art. 22:	2,5% des Inventarwertes der Ware, min. Fr. 75.-- pro Monat oder Bruchteil
Graubünden	Gebührentarif Art. 1:	Grundgebühr Fr. 50.-- sowie Fr. 2.-- pro Tag und Person
Waadt		----
Zug	G § 21:	1,5% des Umsatzes, Fr. 50.-- bis Fr. 800.-- Erlass in ausserordentlichen Fällen

KANTONE

Gebühren bei Sonderverkäufen

Neuenburg	V Art.	8:	0,05% letztjähriger Umsatz im Sonderverkauf (ohne Waren, die Sonderverkauf nicht unterstehen) zusätzlich "centimes additionels"
Genf		----	
Basel / Stadt	V §	8:	Fr. 30.-- bis Fr. 1'000.-- Fr. 30.-- für im Ausland durchgeführten Sonderverkauf
St.Gallen	V Art.	12:	2% des erzielten Umsatzes, von Fr. 25.-- bis Fr. 3'000.--
Zürich	G §	4:	2% des Umsatzes, min. Fr. 50.--
Schaff- hausen	G Art.	29:	2% Umsatz, mind. Fr. 100.--, je zur Hälfte an Staat und Gemeinde
Thurgau	V §	12:	Je nach Jahresumsatz Fr. 100.-- bis Fr. 500.--
Wallis	G Art.	12:	1% Gestehungspreis der auszuverkaufenden Ware, Fr. 40.-- bis Fr. 500.--
Bern/Jura	G Art.	31:	1% des tatsächlichen Umsatzes, min. Fr. 20.-- Je zur Hälfte an Gemeinde und Staat In ausserordentlichen Fällen Ermässigung oder Erlass
Fribourg	V Art.	16:	je nach Warenwert Fr. 5.-- bis Fr. 1'000.-- zusätzlich Gemeinde bis 5% Staatsgebühr
App Inn- err.	V Art.	7:	Fr. 60.-- bis Fr. 1'200.--. In Härtefällen Ermässigung oder Erlass
Luzern	V §	7:	0,75% Umsatz, mind. Fr. 40.-- Zusätzlich Gemeinde bis 50% Staatsgebühr

die verlangten Abgaben bei weitem nicht eine Höhe, die im Sinne der vom Bundesgericht festgelegten Praxis als prohibitiv zu betrachten wäre.¹ Während die Kantone Obwalden und Zürich² für alle Arten der Verkaufsveranstaltungen eine einheitliche Bemessungsgrundlage kennen, tragen die andern Kantone der unterschiedlichen Rentabilität von Total- und Teilausverkäufen einerseits und Sonderverkäufen andererseits durch verschiedene Bemessungsgrundlagen Rechnung.³

Für den Fall, dass eine bewilligungspflichtige Veranstaltung ohne Bewilligung durchgeführt wird, sehen einige Kantone ausdrücklich eine Nachzahlungspflicht der Gebühr vor.⁴ Eine solche Nachzahlungspflicht umgangener Abgaben kann jedoch nur in Frage kommen, wenn für die ohne Bewilligung durchgeführte Veranstaltung nachträglich eine Bewilligung ausgestellt werden

1

Da ein Teil der Abgaben als Gebühr zu betrachten ist, dürfte ohnehin nur der den Entgeltscharakter übersteigenden Betrag auf prohibitiven Charakter hin untersucht werden. Ausser im Kt. SO (§ 84bis Gebührentarif) wird die Abgabe jedoch nicht ausdrücklich unterteilt in eine Gebühr und in eine Gewerbesteuer.

²Kt. OW (G Art. 12); Kt. ZH (G § 4)

³vgl. TABELLE IX 316, 317 und TABELLE X 318, 319

⁴Kt. AR (V Art. 7); Kt. SZ (V § 7); Kt. BS (V § 8)

kann.¹ Eine Rückerstattung von zum voraus bezahlten Gebühren ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Veranstaltung infolge eigenem Verschulden des Veranstalters nicht durchgeführt werden kann.²

Kann jedoch die Veranstaltung aus anderen, nicht vom Veranstalter zu verantwortenden Gründen nicht zur Durchführung gelangen, ist die bereits zum voraus bezahlte Gebühr zurückzuerstatten.³

¹Frey, 155
Giger, 293

Ist demgegenüber die nachträgliche Erteilung der Bewilligung nicht möglich, bietet sich das Aussprechen einer hohen Busse an. Unzulässig erscheint daher die Regelung im Kanton BS, wo die nachzuzahlende Gebühr in einem solchen Fall verdoppelt werden kann (V § 8).

²Flüeler, 173

Ein solcher Fall liegt stets dann vor, wenn die erteilte Bewilligung entzogen werden und die Veranstaltung vorzeitig abgebrochen werden muss.

³Blumenstein, 296ff., welcher die Rückerstattung allerdings nur dann als möglich betrachtet, wenn die rechtskräftige Steuerveranlagung durch Revision aufgehoben werden kann, (vgl. auch BGE 74 I.403).

Kantonale Bestimmungen, welche die Rückerstattung von Abgaben ausschliessen, sind u.E. nur zulässig, wenn sie zwischen den erwähnten Fällen unterscheiden (unzulässig etwa Kr. SZ: V § 7, welcher die Rückerstattung generell ausschliesst).

KAPITEL 9:

SANKTIONEN

I. Verwaltungsrechtliche Massnahmen

A. Allgemeines

Wie bereits weiter oben festgestellt worden ist, gehört es zu den Aufgaben der Kantone, das Verfahren zu ordnen und für die Durchsetzung der Bestimmungen der AVO besorgt zu sein.¹ Somit haben die Kantone einerseits die Pflicht, über die Innehaltung des für Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen vorgeschriebene Verfahren zu wachen; es müssen ihnen deshalb geeignete Massnahmen zur Verfügung gestellt werden, welche eine solche Kontrolltätigkeit ermöglichen. Andererseits obliegt es den Kantonen, für die Durchsetzung der in der AVO festgelegten Vorschriften Gewähr zu bieten; zur Erfüllung dieser Aufgabe bedürfen deshalb die Kantone geeigneter Vollstreckungsmittel.

Es soll nun im folgenden aufgezeigt werden, welche Massnahmen die Kantone ergreifen können, um die oben erwähn-

¹vgl. weiter oben, 30lf.

ten beiden Aufgaben zu erfüllen.

B. Die Aufsicht über die Veranstaltung

Da die Kantone das Verfahren zu ordnen haben, muss ihnen damit die Befugnis zustehen, die Innehaltung desselben zu überwachen.¹ Auch die Kontrollvorschriften gehören somit zum kantonalen Verfahrensrecht.² Der Umfang solcher Kontrollvorschriften ist dabei durch ihren Zweck gegeben: solange sie darauf ausgerichtet sind, eine wirksame Kontrolle der AVO-Bestimmungen zu gewährleisten, bestehen sie jedenfalls dann zu Recht, wenn auch der im ganzen Verwaltungsrecht geltende Grundsatz der Verhältnismässigkeit bleibt.³

In den einzelnen Kantonen finden sich denn auch recht unterschiedlich ausführliche Bestimmungen über die Art und Weise der Ueberwachung. Alle Kantone sehen grundsätzlich vor, dass die zuständige Behörde Kontrollen durchführen kann. Während es einige Kantone bei dieser allgemeinen Vorschrift bewenden lassen, macht eine Reihe anderer Kantone nähere Angaben darüber, was unter einer solchen Kontrolle zu verstehen ist.

¹Art. 24 Abs. 1 AVO

²Flüeler, 160

³BGE 104 Ib 426, 303

1. Auskunftspflicht

Etliche Kantone erwähnen ausdrücklich die Pflicht des Gesuchstellers oder des verantwortlichen Leiters der Veranstaltung, den Kontrollbehörden die nötige Auskunft zu erteilen.¹ Gemäss der Regelung im Kanton BS sind nicht nur der Veranstalter oder dessen Angestellte, sondern "jedermann" zur Auskunftserteilung verpflichtet.² Diese umfassende Pflicht der Auskunftserteilung erscheint durchaus sinnvoll, können so auch etwa Kunden zur Eruierung des Sachverhalts herangezogen werden.

2. Zutritt zu den Geschäfts- und Lagerräumlichkeiten

Ein weiteres Element der Kontrolle stellt die Befugnis der zuständigen Behörde dar, die Geschäfts- und Lagerräume des Veranstalters zu betreten. Diese Kompetenz dient in erster Linie der Ueberwachung des Nachschubverbotes sowie des Gebotes, die in die Veranstaltung einbezogene Waren gesondert zu halten. Das Zutrittsrecht oder das Recht zur Besichtigung des Warenlagers ist denn auch in der Regelung et-

¹Kt. ZG (G § 24); Kt. BL (V § 11); Kt. SG (V Art. 3); Kt. SH (V § 4); Kt. TG (V § 4); Kt. SZ (V § 12); Kt. GR (V Art. 10); Kt. AG (V § 12); Kt. ZH (V § 4).

²Kt. BS (V § 1)

licher Kantone ausdrücklich vorgesehen.¹

3. Einsicht in die Geschäftsbücher

Eine wirksame Ueberprüfung der vom Veranstalter gemachten Angaben, insbesondere dieselben über die Preisgestaltung, bedingt die freie Einsicht in die Geschäftsbücher sowie in weitere Belege wie Rechnungen und Bestellungen. Diese Befugnis sehen einige kantonale Regelungen denn auch vor.² Zur Durchführung ihrer Kontrolle kann die zuständige Behörde gemäss der rechtlichen Regelung in einigen Kantonen auch Polizeiorgane und Fachleute beziehen.³

Im übrigen ist daran zu erinnern, dass sämtliche Kontrollen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen haben, somit den Veranstalter nur insoweit behindern dürfen, als dies durch den polizeilichen Zweck unbedingt nötig ist.

¹Kt. AG (V § 12); Kt. ZG (G § 24); Kt. AR (V Art. 4); Kt. SG (V Art. 3); Kt. SH (V § 4); Kt. TG (V § 4); Kt. VS (V Art. 8, Gesetz Art. 55 Abs. 2); Kt. LU (V § 6); Kt. GL (Art. 19); Kt. BS (V § 1); Kt. BL (V § 11); Kt. ZH (V § 4).

²Kt. ZH (V § 4); Kt. AG (V § 12); Kt. LU (V § 6); Kt. OW (V Art. 5); Kt. AR (V Art. 4); Kt. BL (V § 11); Kt. BS (V § 1); Kt. SG (V Art. 2); Kt. SH (V § 4); Kt. TG (V § 4); Kt. NW (V Art. 9).

³So etwa Kt. LU (V § 6); Kt. AR (V Art. 4); Kt. AI (V Art. 2); Kt. ZH (V § 3); Kt. GL (Gesetz Art. 19); Kt. TG (V § 4).

Die Kontrollen dienen in der Regel der Ueberwachung laufender Veranstaltungen. Die Durchsetzung der AVO-Vorschriften erheischt jedoch eine ganzjährige Kontrolltätigkeit, da insbesondere auch Veranstaltungen erfasst werden sollen, welche ohne Bewilligung und allenfalls zu verbotenen Zeiten durchgeführt werden.¹ Deshalb muss es ebenfalls zu den Aufgaben der kantonalen Behörden gehören, die Werbetätigkeit der Geschäfte dauernd zu überwachen, um bei AVO-Verstössen eingreifen zu können.² Eine permanente Ueberwachung ist vor allem auch deshalb geboten, weil im Ausverkaufsrecht der Staat von Amtes wegen und nicht etwa nur auf Antrag Dritter hin gegen Ueberschreitungen vorzugehen hat.

C. Der eigentliche Verwaltungszwang

In der Regel werden die Anweisungen der Verwaltung befolgt, ohne dass weitere Massnahmen hierzu nötig wären. Damit die Verwaltung jedoch in Ausnahmefällen ihre Verfügungen nötigenfalls auch zwangsweise durchsetzen kann, müssen ihr geeignete Mittel zur Verfügung gestellt werden.³

¹ Zu denken ist an die öffentliche Ankündigung eines Sonderverkaufs ohne Bewilligung zu einer Zeit, in der Sonderverkäufe generell verboten sind.

² In diesem Sinne etwa Kt. FR (V Art. 19 Abs. 3).

³ Fleiner, 249f.

1. Die möglichen Zwangsmassnahmen

Als Mittel des Verwaltungszwangs kennen wir grundsätzlich die Schuldbetreibung, die Ersatzvornahme, die Ordnungsbusse sowie den unmittelbaren Zwang.¹ Während die Schuldbetreibung nur der Eintreibung öffentlich rechtlicher Geldforderungen dient², kommt die Ersatzvornahme zur Anwendung, wenn der Pflichtige eine Leistung nicht ausführt und die Verwaltung dies an seiner Stelle und auf seine Kosten nachholen lässt.³

Im Bereiche des Ausverkaufsrechtes sind nötigenfalls die Gebühren auf dem Wege der Schuldbetreibung einzuholen, eine Ersatzvornahme wird sich jedoch in den seltensten Fällen anbieten, da hier vertretbare Leistungen, welche anstelle des Pflichtigen auch von Dritten vorgenommen werden können, praktisch nicht vorkommen.⁴

Als weiteres Mittel, durch welches der Pflichtige zum gewünschten Verhalten geführt werden soll, steht die Ordnungsbusse zur Verfügung. Wie die Schuldbetreibung bedarf auch die Ordnungsbusse zu ihrer Anwendung einer gesetzlichen Grundlage. Eine Ordnungsbusse, welcher exekutorischer Charakter zukommt,

¹M. Imboden, Rechtsprechung, 289 Nr. 361

²M. Imboden, Rechtsprechung, 292 Nr. 362

³Forsthoff, 269

⁴Flüeler, 155, der die Ersatzvornahme bei Auflagen für geeignet hält.

sieht etwa die Regelung des Kantons GE vor.¹

Wichtigstes Vollstreckungsmittel im Ausverkaufsrecht stellt jedoch der unmittelbare Zwang dar. Er ist als "ultima ratio" dann einzusetzen, wenn kein anderes, weniger einschneidendes Mittel zum Ziel zu führen vermag.²

2. Inbesondere die Geschäftsschliessung

Nach Art. 24 Abs. 2 AVO können die Kantone (soweit es zur Durchsetzung der Vorschriften notwendig ist), die vorübergehende Schliessung von Geschäften verfügen. Damit wird ausdrücklich festgehalten, dass die Kantone zur Anwendung unmittelbaren Zwangs berechtigt sind. Den als Beispiel solcher Zwangsanwendung angeführten Fall der vorübergehenden Geschäftsschliessung bei verbotener Wiedereröffnung (Art. 24 Abs. 3 AVO, Art. 17 Abs. 3 UWG) haben wir bereits weiter oben behandelt.³

Dieser angeführte konkrete Fall macht deutlich, dass die einschneidende Massnahme der Geschäftsschliessung nicht bei jeder Nichtbefolgung von Ausverkaufsvorschriften oder Verfügungen im ein-

¹Yt. GE (G Art. 17 Abs. 1)

²Fleiner, 254
Flüeler, 156

³vgl. weiter oben, 279

zelnen Falle angewendet werden kann; vielmehr muss es sich um eine schwerwiegende Missachtung von Anweisungen handeln. So wird etwa die vorübergehende Schliessung des Geschäftes angeordnet werden müssen, wenn eine Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung trotz Verweigerung oder Entzug der Bewilligung durchgeführt oder nicht eingestellt wird; weiter ist eine Geschäftsschliessung dann vorzunehmen, wenn trotz Mahnung bei Total- oder Teilausverkaufen das Warenschubverbot nicht beachtet wird. Erscheint die Schliessung des Geschäftes als zur Wiederherstellung des vorschriftsgemässen Zustandes unausweichlich, darf sie zudem nur so lange erfolgen, bis dieser Zustand wieder vorliegt. Dies geht klar aus dem Umstand hervor, dass die Schliessung nur eine "vorübergehende" sein darf.¹ Die Festsetzung einer maximal möglichen Dauer der Schliessung durch die Kantone widerspricht jedoch dem Bundesrecht, welches mit dem Begriff der "vorübergehenden Schliessung" die zeitliche Festlegung im einzelnen Fall den zuständigen Behörden überlassen wollte; damit hat der Bund diese Materie ab-

¹ Art. 24 Abs. 2 AVO

So kann die Schliessung im Falle einer verbotenen Wiedereröffnung höchstens während der Zeit des Verbotes dauern; ist die Geschäftsschliessung infolge unbefugter Fortführung einer Veranstaltung erfolgt, so darf sie nicht länger dauern, als bis zum Ende der angekündigten Veranstaltung.

abschliessend geregelt.¹

Diese zurückhaltende Anwendung der vorübergehenden Geschäftsschliessung wird auch durch das Prinzip verhältnismässiger Verwaltungstätigkeit gefordert.² Insbesondere soll auch der mit der Schliessung angestrebte polizeiliche Zweck mit diesem Zwangsmittel in einer angemessenen Relation stehen.³ Es ist denn auch Flüeler beizupflichten, dass nicht die Schliessung des Geschäftes vorgenommen werden soll, wenn auch die "Schliessung des Ausverkaufs", also die Entfernung aller auf die Veranstaltung hinweisenden Werbung, den angestrebten Zweck zu erfüllen vermag.⁴ Indessen erscheint es höchst zweifelhaft dass eine solche Schliessung des Ausverkaufs den gewünschten Zweck ebenso wie die Geschäftsschliessung zu erreichen vermag; ist nämlich eine der AVO unterstellte Veranstaltung öffentlich angekündigt worden, so genügt eben zur Verhinderung ihrer Durchführung die blossе Entfernung der darauf

¹Flüeler, 159 und dort zitierte Bestimmung Kt. OW, welche unzulässigerweise eine Höchstdauer der Schliessung von 10 Tagen vorsieht.
Unzulässig aber auch Kt. FR, welcher bei Uebertretungen anlässlich eines Totalausverkaufes die endgültige Schliessung des Geschäftes vorsieht (V Art. 22).

²BGE 100 Ia 347
Bendel, 301

³Fleiner, 254

⁴Flüeler, 158 und dort zitierte Literatur

hinweisenden Plakate im Geschäftslokal nicht.¹ Hier kann der vorschriftsgemässe Zustand, welcher in der Nichtdurchführung oder Abbrechung der verbotenen Veranstaltung besteht, nur durch die vorübergehende Schliessung des Geschäftes erreicht werden. Da eine Schliessung in einem solchen Falle auch angemessen erscheint, darf nicht darauf ausgewichen werden, statt einer Schliessung des Geschäftes harte Strafen auszusprechen.²

Nach den Grundsätzen über das rechtliche Gehör hat der Anwendung des unmittelbaren Zwangs eine entsprechende Androhung voranzugehen.³ Dabei genügt es nicht, dass dem Betroffenen bei Nichtbefolgung verwaltungsrechtlicher Anordnungen ganz generell Massnahmen angedroht werden; vielmehr muss er genau wissen, mit welchem Eingriff er in seinem Falle zu rechnen hat.⁴ Eine vorherige Androhung des unmittelbaren Zwangs soll auch dann erfolgen, wenn ein Geschäftsmann etwa einen Ausverkauf nach Entzug der Bewilligung nicht abbricht.⁵

¹ Im übrigen wäre es aus praktischen Gründen auch ganz unmöglich, beispielsweise in einem Kleidergeschäft alle im Hinblick auf die Veranstaltung abgeänderten Preisanschriften wieder zu entfernen.

² a.M. Flüeler, 158

³ Fleiner, 251

vgl. auch etwa § 31 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflege Kt. ZH

⁴ Flüeler, 157

⁵ a.M. Forsthoff, 268

II. Die strafrechtlichen Sanktionen

A. Allgemeines

1. Nebenstrafrecht des Bundes

Wie in anderen Rechtsgebieten, wo sich Strafnormen in den die spezielle Materie regelnden Gesetzen selbst findet, sieht auch das UWG um Bereiche des Ausverkaufsrechtes eigene Strafbestimmungen vor. In Anbetracht der ausschliesslichen Bezogenheit dieser Strafnormen auf Bestimmungen des Spezialgebietes von Aus- und Sonderverkauf erscheint es bereits aus diesem Grunde gerechtfertigt, die Strafbestimmungen nicht ins StGB aufzunehmen.¹ Das UWG nennt zwei konkrete Straftatbestände² sowie den umfassenden Hinweis, dass auch "sonstige Zuwiderhandlungen gegen die bundesrechtlichen Ausverkaufsvorschriften" in der AVO vorgesehen werden können.³ Dabei kann die AVO sowohl den vorsätzlichen wie auch den fahrlässigen Verstoss gegen die entsprechenden Bestimmungen mit einer Strafe belegen.⁴ Die beiden konkreten Straftatbestände von Art. 18 Abs. 1 lit. a und b UWG wurden wörtlich in die AVO übernommen⁵,

¹Schultz, Bd. II 70

²Art. 18 Abs. 1 lit. a und b UWG

³Art. 18 Abs. 2 UWG

⁴Art. 18 Abs. 2 UWG

⁵Art. 19 lit. a und b AVO

währenddem die "sonstigen Zuwiderhandlungen" gemäss Art. 18 Abs. 2 UWG nicht in der Form einer Generalklausel, sondern ebenfalls als abgeschlossene Aufzählung einzelner Straftatbestände in die AVO übernommen wurden.¹ Mit dieser Regelung der strafrechtlichen Bestimmungen hält sich die AVO innerhalb der ihr vom Gesetzgeber delegierten Befugnisse.

2. Allgemeine Bestimmungen des StGB

Finden sich in den Bundesgesetzen, welche eigene Straftatbestände aufgestellt haben, keine eigenen allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen, gelangt der allgemeine Teil des StGB zur Anwendung.² Bestehen somit in einzelnen Nebenstrafgesetzen für einzelne Fragen geltende oder auch umfassende vom allgemeinen Teil des StGB abweichende Regelungen, so haben diese ausschliessliche Geltung.³ Weder im UWG selbst noch in der AVO besteht eine umfassende, spezielle Regelung, welche im Bereiche des Ausverkaufsrechtes den allgemeinen Bestimmungen des StGB vorgehen würden. Damit ist bei den speziellen Strafbeständen, welche bei Verstössen gegen Vorschriften der AVO erfüllt werden, der

¹Art. 20 Abs. 1 und 2 AVO

²Art. 333 Abs. 1 StGB

³BGE 104 IV, 142

BGE 72 IV, 190, gemäss diesem Entscheid kann die spezielle Regelung auch durch Auslegung gewonnen werden.

allgemeine Teil des StGB anwendbar. Es gelten daher dessen Regeln inbezug auf die Voraussetzungen der Strafbarkeit, die Strafarten, die Strafzumessung sowie inbezug auf die örtliche Zuständigkeit der Strafverfolgung. Gelten auch grundsätzlich die Bestimmungen des allgemeinen Teils des StGB, so sind immerhin für drei Problemkreise spezielle Regelungen aufgestellt worden. So erfahren im Bereiche des Aus- und Sonderverkaufsstrafrechtes die Publikation des Strafurteils bei Uebertretungen¹, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn² sowie die Anwendung der Strafbestimmungen auf juristische Personen und Handelsgesellschaften³ eine besondere Regelung. Ueber die Ausgestaltung dieser Bestimmung im einzelnen wird weiter unten noch ausführlicher die Rede sein.⁴

3. Die Strafverfolgung durch die Kantone

Gemäss ausdrücklicher Bestimmung in der AVO ist die Verfolgung strafrechtlicher Delikte "Sache der Kantone".⁵ Damit fällt den Kantonen die Aufgabe zu, das Strafverfahren festzulegen. Das Verfahren rich-

¹Art. 20 Abs. 3 AVO

²Art. 21 AVO

³Art. 22 AVO

⁴vgl. weiter unten, 346ff.

⁵Art. 23 AVO

tet sich nach den jeweiligen kantonalen Strafprozessordnungen, wobei in einzelnen Kantonen für die Beurteilung strafrechtlicher Entscheide in Abweichung der allgemeinen Regelungen besondere Behörden zuständig sind.¹ Handelt es sich um Uebertretungsstraftatbestände, so kann die Beurteilung auch Verwaltungsbehörden übertragen sein.² Strafbare Handlungen im Zusammenhang mit der öffentlichen Ankündigung eines Aus- oder Sonderverkaufes werden oft mittels Zeitungsinseraten oder Ausgabe und Verteilung von Prospekten begangen; in solchen Fällen ist häufig unklar, welcher Kanton zur Ahndung der Zuwiderhandlung örtlich zuständig ist. Da hier die Tat durch das Mittel der Druckerpresse begangen wird, ist grundsätzlich Pressestrafrecht anzuwenden.³ Zuständig sind somit die Behörden des Ortes, an welchem die Druckschrift herausgegeben wird.⁴ Sofern der Verfasser ebenfalls bekannt ist und Wohnsitz in der Schweiz hat, sind daneben auch die Behörden dieses Ortes zuständig.⁵

¹Flüeler, 147

²Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB
vgl. etwa Kt. ZH, wo die AVO- Uebertretungen in den Zuständigkeitsbereich der Statthalterämter fallen

³BGE 77 IV 193

⁴Art. 347 Abs. 1, 1. Satz StGB
BGE 83 IV 117

⁵Art. 347 Abs. 1, 2. Satz StGB

Somit kommen sowohl der Herausgabeort wie auch der Wohnort des Verfassers für die örtliche Zuständigkeit in Frage, wobei das Strafverfahren jeweils dort durchzuführen ist, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde.¹

4. Kantonale Strafbestimmungen

Zur Durchsetzung der eigenen Vorschriften sind die Kantone befugt, Strafnormen aufzustellen.² Gemäss den Bestimmungen des StGB steht den Kantonen einerseits die Kompetenz zu, das Uebertretungsstrafrecht soweit zu regeln, als es nicht von der Bundesgesetzgebung erfasst wird³; andererseits kommt den Kantonen darüber hinaus die Befugnis zu "die Uebertretung kantonaler Verwaltungs- und Prozessvorschriften mit Strafe zu bedrohen."⁴ Handelt es sich bei einer kantonalen Vorschrift um einen Uebertretungstatbestand im Sinne von Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, muss sich die angedrohte Strafe innerhalb des Rahmens von Art. 101 StGB halten;⁵ handelt es sich hingegen um einen Tat-

¹Art. 347 Abs. 1, 3. Satz StGB

²Art. 27 AVO, übernommen von Art. 19 UWG

³Art. 335, Ziff. 1 Abs. 1 StGB

⁴Art. 335, Ziff. 1 Abs. 2 StGB

⁵Thormann, 22
BGE 104 IV 290

bestand, der die Uebertretung von kantonalem Verwaltungs- oder Prozessrecht betrifft, können auch über Art. 101 StGB hinausgehende Strafen verhängt werden. Die erlaubte Höchststrafandrohung richtet sich somit danach, ob es sich um kantonales Uebertretungsstrafrecht oder aber um Straftatbestände im Rahmen von kantonalem Verwaltungs- und Prozessrecht handelt.

Der Sache nach handelt es sich bei den kantonalen Bestimmungen im Bereiche des Ausverkaufsrechtes, welche gestützt auf Art. 25 und Art. 26 AVO erlassen werden, um verwaltungsrechtliche Vorschriften. Damit steht aber auch fest, dass die entsprechenden kantonalen Strafbestimmungen das Zuwiderhandeln gegen Verwaltungsvorschriften hindern wollen. Bei den kantonalen Strafbestimmungen gemäss Art. 27 AVO handelt es sich deshalb um solche im Sinne von Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, weshalb grundsätzlich auch über das Strafmass von Art. 101 StGB hinausgehende Strafen angedroht werden können.¹ Gemäss Art. 27 AVO sind jedoch die Kantone lediglich befugt, die fahrlässige oder vorsätzliche Widerhandlung gegen ihre Vorschriften mit Haft oder Busse zu belegen. Weitergehende Strafen kommen also nicht in Frage.²

¹ a.M. Flüeler, 147

² vgl. TABELLE XI, 339, 340

KANTONE	<u>Kantonale Strafbestimmungen</u>		
Obwalden	G Art. 13:	Bussen bis Fr. 500.--, Haft	
App Aus- serr.	V Art. 8:	Bussen bis Fr. 100.--	
Nidwalden		----	
Basel- land	V § 12:	Bei vorsätzlicher Begehung Haft und Busse, bei fahrlässiger Begehung Busse. In leichten Fällen sind Verwarnungen möglich	
Aargau	V § 16:	Haft oder Busse bis Fr. 2'000.--	
Uri		----	
Tessin	G Art. 9:	Busse bis Fr. 10'000.--	
Schwyz	V § 18:	Strafen nach Bestimmungen des Gesetzes über den Handel	
Solo- thurn	V § 10:	Vorsätzliche und fahrlässige Begehung wird mit Busse bestraft.	
Glarus	G Art. 31:	Busse von Fr. 20.-- bis Fr. 200.--	
Grau- bünden	V Art. 12:	Busse	
Waadt	G Art. 125:	Busse Fr. 10.-- bis Fr. 10'000.--	
Zug	G § 27:	Busse oder Haft	

KANTONE

Kantonale Strafbestimmungen

Neuenburg	V Art.	12:	Strafen nach Art. 15 code pénal, welcher jedoch aufgehoben ist.
Genf	G Art.	15: 17	Haft oder Busse bei Vorsatz, Busse bei Fahrlässigkeit, Ordnungsbusse in leichten Fällen
Basel / Stadt	V §	9:	Strafen nach § 165 Polizeigesetz
St.Gallen	V Art.	17:	Busse und Haft
Zürich	G §	8:	Busse von Fr. 20.-- bis Fr. 1'000.--, in schweren Fällen Haft.
Schaff- hausen	G Art. V §	55: 11:	Busse von Fr. 5.-- bis Fr. 1'000.-- Haft oder Busse, in leichten Fällen Verwarnung
Thurgau	V §	16:	Haft oder Busse
Wallis	G Art.	57:	Busse von Fr. 20.-- bis Fr. 3'000.--
Bern/Jura	G Art.	77:	Busse, in schweren Fällen Haft
Fribourg	V Art.	21:	Busse bis Fr. 2'000.--
App Inn- err.	V Art.	9:	Busse bis Fr. 100.--, in leichten Fällen Verwarnung
Luzern	V §	9:	Haft oder Busse

B. Die Tatbestände

Wie festgestellt, findet der allgemeine Teil des StGB auch auf die Straftatbestände der AVO Anwendung. Die strafrechtlich zu verfolgenden Verstösse sind somit in Vergehen und Uebertretungen eingeteilt.¹ Da die Bestimmungen der AVO vorwiegend polizeilicher Natur sind und deren Innehaltung somit im öffentlichen Interesse zu erfolgen hat, muss der Staat bei Verstössen von Amtes wegen eingreifen.²

1. Vergehen nach Art. 19 AVO

Nach lit. a dieser Bestimmung wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer vorsätzlich "unrichtige oder irreführende Ankündigungen macht, um sich oder anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen." Nach lit. b dagegen soll mit gleicher Strafe belegt werden, wer "durch unrichtige Angaben gegenüber den Behörden, insbesondere durch Vor Spiegelung einer Geschäftsaufgabe, eine Bewilligung erschleicht oder eine Bewilligung anderer Art oder für eine längere Dauer".

¹ Art. 9, 101 StGB

² Flüeler, 143

dies im Gegensatz zu den Strafbestimmungen des UWG, welche nur bei Vorliegen eines Strafantrages zur Anwendung gelangen. (Art. 13 UWG)

Im Tatbestand gemäss Art. 19 lit. a AVO geht es um Verstösse gegen die Ankündigungsvorschriften nach Art. 14 und Art. 15 AVO.¹ Nach dem in Frage stehenden Strafartikel sind solche Zuwiderhandlungen allerdings nur dann zu ahnden, wenn sie mit Wissen und Willen, mithin vorsätzlich und in der Absicht, "sich oder anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen", begangen werden. Dabei wird es sich beim rechtswidrigen Vorteil letztlich stets um einen solchen vermögensrechtlicher Natur handeln. Es ist denkbar, dass ein nach dieser Bestimmung strafbares Verhalten zusätzlich noch andere strafrechtliche Tatbestände erfüllt.² Weder die AVO noch das UWG enthalten Angaben über das Verhältnis ihrer speziellen Tatbestände zu solchen des StGB. Da solche Kollisionsnormen fehlen, kann davon ausgegangen werden, dass bei Idealkonkurrenz das Asperationsprinzip gilt.³

Mit Art. 19 lit. b AVO soll in erster Linie die Ankündigung von "Scheinausverkäufen" verhindert werden, daneben aber auch die Erschleichung von Aus- und Sonderverkaufsbewilligungen mit anderer Grundangabe. Nach klarem Wortlaut des Tat-

¹ vgl. im Einzelnen weiter oben, 233ff.

² Flüeler, 159, der Idealkonkurrenz mit Art. 148 StGB, Art. 154 StGB, sowie Art. 13 Abs. 1 lit. b UWG als möglich annimmt.

³ Art. 68 StGB

Pfund, 171

Wydler, 135

Büren von, 217 N. 33

bestandes muss die Bewilligungserteilung durch "unrichtige Angaben" gegenüber Behörden erreicht werden. Blosses Schweigen, auch in der Absicht, einen eventuellen Verhinderungsgrund zu verheimlichen, kann daher für die Erfüllung des Tatbestandes nicht genügen.¹ Auch ist der Tatbestand nur dann erfüllt, wenn der Täter mit Vorsatz handelte, die unrichtigen Angaben demnach wissentlich macht mit dem Zweck, damit die Erteilung der Bewilligung zu erreichen.

Im übrigen kommen für die beiden Tatbestände die allgemeinen Regeln über die Vergehen zur Anwendung, weshalb auch der Versuch,² die Anstiftung³ sowie die Gehilfenschaft⁴ strafbar sind. Als Strafe kommen Gefängnis bis zu drei Jahren sowie Bussen bis zu Fr. 40'000.-- in Frage.⁵

2. Uebertretungen nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 AVO

Auch bei den Uebertretungstatbeständen wählte der Verordnungsgeber die Form der abschliessenden Aufzählung, obwohl ihm die Fassung von Art. 18 Abs. 2 UWG auch die Wahl einer Generalklausel er-

¹a.M. Flüeler, 149

²Art. 21 - 23 StGB

³Art. 24 StGB

⁴Art. 25 StGB

⁵Art. 48 StGB

Art. 36 StGB

möglichst hätte. Nach Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO macht sich strafbar, wer "eine unter diese Verordnung fallende, nicht bewilligte Verkaufsveranstaltung öffentlich ankündigt oder durchführt oder entgegen der Weisung der zuständigen Behörden nicht einstellt". Wie bereits weiter oben festgestellt, fällt eine Aus- oder Sonderverkaufsveranstaltung nur dann unter die AVO, wenn sie öffentlich angekündigt wurde.¹ Somit fällt die Durchführung einer Veranstaltung nur dann unter Art. 20 Abs. 1 lit. a AVO, wenn es sich dabei um eine solche handelt, welche vorher öffentlich angekündigt wurde.²

Nach Art. 20 Abs. 1 lit. b AVO macht sich sodann einer Uebertretung schuldig, wer "den Auflagen oder anderen beschränkenden Bedingungen", unter denen die Bewilligung erteilt wurde, keine Folge leistet. Neben den speziellen, im Einzelfall auferlegten Beschränkungen, verletzt diesen Tatbestand auch, wen die in der Bewilligung festgesetzte zeitliche Dauer sowie den vorgesehenen Beginn der Veranstaltung nicht innehält.³ Bezieht sich die Verletzung hingegen auf Auflagen oder beschränkte Bedingungen kantonalen Rechts,

¹ vgl. weiter oben, 233ff.

² Wydler, 137, FN 44

³ BGE 100 IV 116

hat die Ahndung nach den entsprechenden Strafnormen der Kantone zu erfüllen.¹

Eine Uebertretung begeht im weiteren, wer "unvollständige, unrichtige oder irreführende Ankündigungen" macht.² Im Unterschied zu Art. 19 lit. a AVO ist dieser Tatbestand insofern weitergefasst, als er auch auf "unvollständige Ankündigungen" Anwendung findet;³ hingegen ist hier im Gegensatz zum Vergehenstatbestand das Erfordernis der Schaffung des "rechtswidrigen Vorteils" weggelassen.

Schliesslich werden von den übrigen Uebertretungstatbeständen die Verstösse gegen die gesetzlich festgelegten sachlichen und zeitlichen Beschränkungen der unter die AVO fallenden Veranstaltungen erfasst.⁴

Die Uebertretungen nach Art. 20 AVO sind sowohl in vorsätzlicher wie auch fahrlässiger Form begehrbar.⁵

¹Flüeler, 148

²Art. 20, Abs. 1 lit. e AVO

³Dabei ist vorab an Fälle zu denken, in denen die Bedingungen von Art. 14 AVO nicht erfüllt sind.

⁴Art. 20 Abs. 1 lit. c (Aussonderung)
Art. 20 Abs. 1 lit. d (Warenschub)
Art. 20 Abs. 1 lit. f (Sperrfrist bei Totalausverkauf)
Art. 20 Abs. 1 lit. e (Sperrfrist bei Teilausverkauf)
Art. 20 Abs. 1 lit. h (unrichtige Angaben zur Erreichung einer Ausnahmegewilligung vom Geschäftsverbot)

⁵Art. 20 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 AVO, wobei bei Vorsatz Haft oder Busse, bei Fahrlässigkeit lediglich Busse ausgesprochen werden kann.

Das zulässige Strafmass richtet sich dabei nach den allgemeinen Regeln bei Uebertretungen, so dass Haftstrafen bis zu drei Monaten¹ und Busse bis zu Fr. 4'000.--² ausgesprochen werden können.³

Wenngleich den AVO-Uebertretungen oft nur ein geringes Verschulden des Täters zugrunde liegt, weil gerade beim kleinen Täter (kleiner Händler) oft Existenzsicherung oder Zusatzverdienst als Motive in Betracht fallen,⁴ hat deren Verfolgung trotzdem nach dem Legalitätsprinzip zu geschehen.⁵

C. Besonderheiten in Abweichung des
allgemeinen Teils des StGB

1. Publikation des Strafurteils bei Uebertretungen

Während bei Vergehen eine Veröffentlichung des Strafurteils vom Richter nach Massgabe von Art. 61 StGB vorgenommen werden kann, ist eine solche bei Uebertretungsurteilen nur dann möglich, wenn sie im Gesetz speziell vorgesehen ist.⁶ In der AVO wird denn auch ausdrücklich festgehalten, dass

¹Art. 39 StGB

²Art. 104 StGB

³Wie bei allen Uebertretungen ist der Versuch und die Gehilfenschaft straflos (Art. 104 StGB).

⁴Rimann, 78

⁵a.M. Heyden, 54

⁶Art. 104 Abs. 2 StGB
Art. 61 StGB

der Richter bei Uebertretungen "die Veröffentlichung des Strafurteils anordnen" kann.¹ Da in der AVO keine näheren Ausführungen gemacht werden, ist Grundsätzlich sowohl die Veröffentlichung der Verurteilung als auch des Freispruchs denkbar. Dabei dient die Publikation der Verurteilung vor allem öffentlichen Interessen, in dem vor dem Täter gewarnt werden soll.² Dieser informativen Wirkung einer Urteilspublikation dürfte insbesondere auch bei Verurteilung auf dem Gebiete des Ausverkaufs-wesens eine vorrangige Bedeutung zukommen.³

Die Veröffentlichung eines Freispruchs wird sich dann aufdrängen, wenn der zu Unrecht Beschuldigte öffentlich einer AVO-Uebertretung bezichtigt wurde. Ueber die Art und den Umfang der Veröffentlichung hat der Richter zu bestimmen;⁴ in der Regel dürfte die Publikation des Urteilsdispositivs jedoch genügen. Da eine allenfalls zu Unrecht erfolgte Publikation einer Verurteilung für den Betroffenen einen grossen wirtschaftlichen Schaden bedeuten kann, ist ströcke zu verlangen, dass nur rechtskräftige Urteile veröffentlicht werden⁵. Im

¹Art. 20 Abs. 3 AVO

²BGE 101 IV 348 (E. 7)

³Damit eine Urteilsveröffentlichung ihren Warnungs- und Aufklärungs-zweck erfüllen kann, ist eine Namensnennung des Täters im Bereiche des Ausverkaufsrechtes unabdingbar.

⁴Schultz, Bd. II 182

⁵Tetzner, 399 N. 4

übrigen hat bei der Veröffentlichung einer Verurteilung regelmässig der Verurteilte deren Kosten zu tragen.¹

2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn

Gemäss ausdrücklicher Bestimmung in der AVO sind "die Strafbestimmungen auch auf den Geschäftsherrn anwendbar, wenn dieser von der Handlung eines Angestellten, Arbeiters oder Beauftragten", welche diese in "Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung" begangen haben, Kenntnis hatte und "es unterliess, sie zu verhindern oder ihre Wirkung aufzuheben".² Diese aus dem UWG³ übernommene strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn und Auftraggebers geht weit über die im allgemeinen Teil des StGB festgelegten Grundsätze über die Teilnahme hinaus.⁴ Der Grund für diese verschärfte Mithaftung des Geschäftsherrn, welche im übrigen sowohl auf die Vergehens- wie auch Uebertretungstatbestände anwendbar ist, liegt darin, dass vermutet wird, der Geschäftsherr sei wegen seiner Stellung an jeder Deliktsbegehung innerhalb seines Geschäft-

¹ Schultz, Bd. II, 182

² Art. 21 AVO

³ Art. 14 UWG

⁴ Art. 24, 25 StGB

tes mitinteressiert.¹ Nach dem klassischen Teilnahmeprinzip gemäss den Vorschriften des StGB wäre es zudem sehr oft wohl möglich, den kleinen Angestellten als Täter zu eruieren, dagegen käme der Vorgesetzte ungeschoren davon.² So dürfte es oft mit nicht unerheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden sein, dem "meist untätig bleibenden" Geschäftsherrn eine Täterschaft nach Art. 24/25 StGB nachzuweisen.³

Eine strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn oder Auftraggebers kann zunächst nur für strafbare Handlungen der Untergebenen in Frage kommen, die letztere "in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" begangen haben; denn nur auf solche Handlungen kann der Geschäftsherr oder Auftraggeber auch tatsächlich Einfluss nehmen. Weiter setzt die strafrechtliche Haftung voraus, dass der Geschäftsherr gegenüber dem die Tat verübenden Angestellten ein Weisungsrecht besitzt.⁴ Aus diesem Grunde ist es trotz Wortlaut von Art. 21 AVO fraglich, ob eine Haftung auch zwischen einem Auftraggeber und den Beauftragten entstehen kann. Neben dem Verhältnis zwischen An-

¹Schubarth, 379

²Böckli, 77

³Schubarth, 396

⁴Büren von, 216 N. 26

walt und Klient¹ kommt im Ausverkaufsrecht vorab das Auftragsverhältnis zwischen Geschäft und Werbebüro, welches die Ankündigung eines Aus- oder Sonderverkaufes gestalten und auch durchführen soll, in Betracht. In einem solchen Falle erscheint u.E. eine strafrechtliche Haftung des Auftraggebers jedenfalls dann höchst fragwürdig, wenn das Werbebüro die öffentliche Ankündigung der Veranstaltung nach eigenem Ermessen planen und durchführen kann.

Nach Art. 21 AVO wird vom Geschäftsherrn oder Auftraggeber ein Eingreifen verlangt, wenn er von der strafbaren Tat des Untergebenen (oder Beauftragten) Kenntnis hat. Damit kommt zum Ausdruck, dass ein schuldhaftes Nichttätigwerden stets dann ausgeschlossen ist, wenn der Geschäftsherr von der Handlung keine Kenntnis hat; dies trifft auch dann zu, wenn er davon hätte Kenntnis haben sollen.² Ein strafrechtliches Haftbarmachen bereits bei "Kennensollen" der Handlung würde dem klaren Wortlaut von Art. 21 AVO zuwiderlaufen; daneben wäre es auch eine höchst gefährliche Abweichung vom Prinzip des Verschuldensstrafrechtes, welches nach wie vor oberstes Gebot auch im Nebenstrafrecht bilden muss.³

¹Schubarth, 390

²Büren von, 216 N. 26

³Böckli, 90f.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die gegenüber den Teilnahmebestimmungen des StGB verschärfte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn nach Art. 21 AVO sachlich durchaus gerechtfertigt ist, wenn der Geschäftsherr in Kenntnis der strafbaren Handlung untätig blieb. Kann ihm eine solche Kenntnis jedoch nicht nachgewiesen werden, muss auch seine strafrechtliche Haftung entfallen.

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Handelsgesellschaften

Eine besondere Regelung sieht die AVO vor, wenn die strafbare Handlung innerhalb einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft begangen wird.¹ Da nach herrschender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung den juristischen Personen keine Deliktsfähigkeit zukommt,² müssen die Organe oder Gesellschafter, die für die Körperschaften gehandelt haben, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Bei der Kommandit- und Kollektivgesellschaft sind dies die verantwortlichen Gesellschafter, bei den juristischen Personen deren Organe, wobei der strafrechtliche Organbegriff weiter ge-

¹Art. 22 AVO

²Schultz, Bd. I 108
BGE 85 IV 98
BGE 97 IV 203f.

fasst ist, als derjenige des Zivilrechts.¹ Haben Organe oder verantwortliche Gesellschafter strafbare Handlungen begangen, so haftet die juristische Person oder Handelsgesellschaft für Busse und Kosten solidarisch mit.² Damit wird dem Staat die Eintreibung solcher Gelder erleichtert, hingegen ist eine solche Solidarhaft abzulehnen, da ein solches Entstehen für fremde Verschulden den Prinzipien unseres Strafrechtes zuwiderläuft.³ In Art. 22 AVO wird festgehalten, dass Organe oder Gesellschafter strafrechtlich haften, wenn sie für die Körperschaft "gehandelt haben oder hätten handeln sollen". Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sie analog dem Geschäftsherrn oder Auftraggeber auch dann haften, wenn sie von einer strafbaren Handlung eines Angestellten oder allenfalls eines Beauftragten Kenntnis hatten und diese dennoch duldeten. Verübt demnach ein Angestellter einer Körperschaft eine strafbare Handlung und unterlässt es ein Organ, trotz Kenntnis einzugreifen, so ist neben dem Angestellten als eigentlichem Täter nach Art. 21 AVO auch das Organ zu bestrafen, wobei hier zusätzlich die Körperschaft nach Art. 22 AVO solidarisch mithaftet.⁴

¹BGE 100 IV 42

²Art. 22 AVO

³Pfund, 194, insbesondere Anmerkung 264 und dort zit. Lit.

⁴Büren von, 219 N. 29, 30

KAPITEL 10:

R E C H T S S C H U T Z

I. Bei strafrechtlichen Entscheiden

A. Rechtsmittel auf kantonaler Ebene

Die AVO überlässt die Strafverfolgung sowohl der Uebertretungen als auch der Vergehen, welche aus der Missachtung der bundes- und kantonallyrechtlichen Bestimmungen über den Aus- und Sonderverkauf entstehen, den Kantonen. Damit ist es auch Sache der Kantone, das Rechtsmittelverfahren gegen ergangene strafrechtliche Entscheide zu ordnen. Da kein Kanton ein spezielles Verfahren kennt, welches nur für Ausverkaufsrecht beschlagende Strafentscheide Geltung hat, kommen die allgemeinen kantonalen Strafprozessregeln zur Anwendung.¹

¹Im Kt. ZH finden sich die kantonalen Rechtsmittel gegen Strafrechtsentscheide in der kantonalen Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919, wobei die Berufung in § 410f., der Rekurs in § 402f. sowie die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde in den §§ 428f. geregelt wird.

B. Rechtsmittel auf Bundesebene

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde

Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen kann geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe eidgenössisches Recht verletzt.¹ Daraus geht hervor, welcher Zweck mit der Nichtigkeitsbeschwerde angestrebt wird: es geht in erster Linie um die einheitliche Anwendung des Bundesrechts. Der individuelle Rechtsschutz im konkreten Einzelfall ist somit nur ein Nebenzweck der Nichtigkeitsbeschwerde.² Dies ist auch der Grund, weshalb mit der Nichtigkeitsbeschwerde lediglich Rechtsfragen einer erneuten Ueberprüfung unterzogen werden können. Die dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegenden Tatfragen können mit der Beschwerde nicht mehr neu angefochten werden.³

Es ist nun von zentraler Bedeutung, was unter dem Begriff des Bundesrechts im Sinne von Art. 269 BStP zu verstehen ist und wann eine Verletzung desselben vorliegt. In erster Linie ist darunter

¹ Art. 269 BStP

² Hauser, 275
Rüeggsegger, 16

³ Art. 277 bis, Art. 273 Abs. 1 lit. b und Art. 269 Abs. 1 BStP. Immerhin werden Tatfragen dann überprüft, wenn es sich im Laufe des Beweisverfahrens ergibt, dass die Feststellungen der Vorinstanz aktenwidrig sind oder offensichtlich auf einem Versehen beruhen (Art. 277bis, Satz 3 BStP)

Strafrecht des Bundes zu verstehen, welches im StGB oder in der Nebenstrafrechtsgesetzgebung enthalten ist.¹ Daneben kann die Nichtigkeitsbeschwerde auch dann ergriffen werden, wenn die Verletzung eidgenössischen Prozessrechtes behauptet wird.² Die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen kann aber auch angerufen werden, wenn die Stellungnahme zu einem strafrechtlichen Entscheid einer kantonalen Behörde vorfrageweise auch die Beurteilung von Rechtsfragen aus Bundeszivil- oder Bundesverwaltungsrecht bedingt.³ Wie weiter unten noch zu zeigen ist, spielt diese Ueberprüfung von Vorfragen aus dem Bundesverwaltungsrecht gerade bei Nichtigkeitsbeschwerden in Ausverkaufssachen eine gewichtige Rolle.⁴

Betrifft die gerügte Rechtsverletzung nicht Bundesrecht sondern vielmehr Bundesverfassungsrecht, kann die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ergriffen werden.⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen bietet sich in einem solchen Falle das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde an.⁶

¹ Rügsegger, 35

² Rehberg 356f.

³ Rehberg, 355
Art. 96 Abs. 3 OG

⁴ vgl. weiter unten, 358

⁵ BGE 101 IV 248

⁶ vgl. weiter unten, 359ff.

Die Verletzung des eidgenössischen Rechts kann darin bestehen, dass anstelle des anzuwendenden Bundesrechts kantonales Recht zur Anwendung gelangt oder umgekehrt zu Unrecht statt kantonalem Recht solches des Bundes Anwendung findet.¹ Die wohl am häufigsten eintretende Verletzung besteht darin, dass Bundesrecht zwar zu Recht angewendet, hingegen falsch ausgelegt oder unrichtig unter bestimmte Sachverhalte subsumiert wird.² Gelegentlich bereitet auch die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfragen Schwierigkeiten. So behandelt die bundesrechtliche Praxis nicht alle Fragen, die der Ermittlung des Sachverhaltes dienen, als Tatfrage und als Rechtsfragen diejenigen, die sich mit der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes befassen.³

Mit der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen können nur letzinstanzliche Entscheide angefochten werden; ist somit ein kantonalen Entscheid noch mittels kantonalen Rechtsmitteln wegen Verletzung von Bundesrecht an eine frei überprüfende obere Instanz weiterziehbar, ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde

¹Hauser, 278

²Rehberg, 364

³Rehberg, 377
BGE 104 IV 36

zum vornherein ausgeschlossen.¹

Nach der Teilrevision der BStP vom 1. 1. 1966 kann im weiteren gegen Entscheide unterer Gerichte, die als einzige kantonale Instanz entschieden haben, nicht direkt die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.² Mit dieser Bestimmung soll das Bundesgericht vor all zu vielen Nichtigkeitsbeschwerden verschont werden.³

Zuständige Instanz zur Beurteilung von eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerden ist der Kassationshof des Bundesgerichtes. Bei Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde fällt der Kassationshof kein neues Urteil in der Sache selbst, sondern weist

¹ Art. 268 Abs. 1 BStP
BGE 102 IV 60

Was vor letzter kantonaler Instanz nicht gerügt wird, kann auch nicht mehr Gegenstand der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde sein (BGE 104 IV 54).

² Art. 268 Abs. 1 BStP

³ Sten. Bull. Nr. 1965, 285f.

Sten. Bull. StR, 1965, 1 und 95

Ueber den Begriff der unteren kantonalen Instanzen BGE 94 IB, 43. Infolge dieser Erschwerung zur Führung einer Nichtigkeitsbeschwerde erfolgte im Kt. ZH eine Praxisänderung, gemäss welcher nun mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde auch die Verletzung eidgenössischen Rechts gerügt werden kann. Damit ist es möglich geworden, einen Bundesrecht verletzenden Entscheid einer unteren kantonalen Instanz ans Obergericht weiterzuziehen und von dort aus mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht zu gelangen (SJZ Bd. 63, 1967, 25).

dieselbe an die Vorinstanz zurück, welche ein Urteil im Sinne der Erwägungen des Kassationshofes zu fällen hat.¹ Die Nichtigkeitsbeschwerde kann führen, wer als Angeklagter durch das kantonale Urteil beschwert ist,² daneben auch der Bundesanwalt, die kantonale Anklagebehörde sowie die unteren Instanzen.³ Als ausserordentliches Rechtsmittel kommt der Nichtigkeitsbeschwerde kein Suspensiveffekt zu.⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss ihrer rechtlichen Ausgestaltung hauptsächlich dem Zwecke dient, die einheitliche Anwendung des Bundesrechtes zu gewährleisten.⁵ Dieser Funktion der Nichtigkeitsbeschwerde kommt denn auch gerade im Aus- und Sonderverkaufsrecht eine grosse Bedeutung zu. Insbesondere besteht dadurch die Möglichkeit, dass der Kassationshof des Bundesgerichtes jeweils vorfrageweise auch festlegen kann, wann eine bewilligungspflichtige Veranstaltung vorliegt und somit eine allfällige strafrechtliche Sanktion überhaupt erst

¹Rüeggsegger, 34

²BGE 91 IV 172

³Art. 72 BStP
BGE 71 IV 149

⁴Art. 272 BStP

⁵Hauser, 275

in Frage kommen kann.¹ In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Nichtigkeitsbeschwerde auf dem Gebiet des Ausverkaufsrechtes diesen Zweck, nämlich die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung durchaus zu erfüllen vermag.² Neben diesem vordergründigen Zweck dient die Beschwerde aber auch dem Rechtsschutz des Beschuldigten und des allenfalls Geschädigten.³ Dies kommt u.a. darin zum Ausdruck, dass der Kassationshof an die Anträge der Parteien gebunden ist.⁴

2. Die staatsrechtliche Beschwerde

Wird bei strafrechtlichen Entscheiden nicht die Verletzung von Bundesrecht auf Gesetzes- oder Verordnungsebene, sondern eine solche von Bundesverfassungsrecht behauptet, bleibt die Anwendung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen versagt.⁵ Dem Betroffenen steht jedoch in einem solchen Falle unter bestimmten Voraus-

¹Flüeler, 180

²So zeigt denn auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des Ausverkaufs, dass der Kassationshof massgeblich bestimmt, wann eine Veranstaltung unter die Bestimmungen der AVO fällt (BGE 103 IV 213f., BGE 90 IV 109f., BGE 95 IV 157f.)

³Hauser, 275

⁴Art. 277bis Abs. 1 BStP
BGE 101 IV 104

⁵Art. 269 Abs. 2 BStP

setzungen die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen. Mit dieser Beschwerde sollen Hoheitsakte auf ihre verfassungsmässige Zulässigkeit hin überprüft werden. Als verletzte Verfassungsrechte fallen neben Art. 4 BV vorab die Individualrechte des Bürgers in Betracht,¹ wobei in unserem Zusammenhang vor allem die Verletzung der HGF interessiert. Anfechtbar sind sämtliche kantonale Hoheitsakte, sowohl generelle Erlasse als auch individuelle Entscheide. Ein Erlass kann auch erst dann angefochten werden, wenn er in einem konkreten Fall angewendet wird.² Anfechtbar sind jedoch konkrete kantonale Entscheide nur dann, wenn es sich dabei um solche letzter kantonalen Instanzen handelt, welche nicht mehr mit kantonalen Rechtsmitteln angefochten werden können.³ Ausser bei Anfechtungen, welche lediglich eine Verletzung von Art. 4 BV beinhalten, sind neben Endentscheiden auch Zwischenentscheide anfechtbar.⁴ Im Gegensatz zu den Hoheitsakten der Kantone können solche des Bundes nicht mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden.⁵ Für die formellen Gesetze ist dieser Ausschluss der Ueberprüfbarkeit auf ihre Verfassungsmässigkeit hin ausdrück-

¹Hauser, 281

²BGE 100 Ia 65

³Art. 86 Abs. 2 OG

⁴Art. 87 OG
BGE 99 Ia, 44

⁵Art. 84 OG

lich in der BV niedergelegt.¹ Endlich ist die staatsrechtliche Beschwerde lediglich subsidiärer Natur. Kann demnach ein anderes Rechtsmittel des Bundes ergriffen werden, ist sie ausgeschlossen.²

Wird die staatsrechtliche Beschwerde vom Bundesgericht gutgeheissen, führt dies zur Aufhebung des angefochtenen kantonalen Entscheides, ohne dass gleichzeitig ein neues Urteil in der Sache selbst gefällt wird.³ Während zur Anfechtung genereller kantonalen Erlasse alle Personen legitimiert sind, welche theoretisch durch die Norm betroffen werden können,⁴ muss bei Anfechtung eines individuell-konkreten Entscheides ein aktuelles Interesse vorhanden sein.⁵

Da Bundesrecht nicht auf seine verfassungsmässige Zulässigkeit hin überprüft werden kann, sind sowohl die das Ausverkaufswesen betreffenden Bestimmungen des UWG wie auch der AVO der Rüge durch die staatsrechtliche Beschwerde entzogen. Damit ist dieses Rechtsmittel im Bereiche strafrechtlicher Entscheide des Ausverkaufswesens

¹Art. 113 Ziff. 3 Abs. 3 BV

²Art. 84 Abs. 2 OG
BGE 104 IV 79

³Gleich der Nichtigkeitsbeschwerde hat also auch die staatsrechtliche Beschwerde kassatorische Wirkung.

⁴Art. 88 OG

⁵BGE 98 Ia 589 (E. 1b)

vorwiegend dort von Bedeutung, wo Recht durch die Kantone willkürlich angewendet und somit Art. 4 BV verletzt wird.

II. Bei verwaltungsrechtlichen Entscheiden

A. Rechtsmittel auf kantonaler Ebene

Die Kantone haben auch im verwaltungsrechtlichen Bereich der AVO die Aufgabe, das Verfahren zu ordnen und die zuständigen Behörden zu bestimmen.¹ Auch im Ausverkaufsrecht unterliegen die im Einzelfall getroffenen Verwaltungsverfügungen dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug, sie müssen m.a.W. grundsätzlich anfechtbar sein.² In einzelnen Kantonen wird in den Vollzugsbestimmungen über Aus- und Sonderverkäufe ausdrücklich auf den gegen Verfügungen möglichen Beschwerdeweg hingewiesen.³ Andere Kantone erwähnen den Beschwerdeweg nicht ausdrücklich, In diesen letzteren Fällen ist daher auf die kantonale Gesetzgebung über das allgemeine verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren zurückzugreifen.⁴

¹ Art. 24 Abs. 1 AVO

² M. Imboden, 164 Nr. 321

³ AG (V § 14)

⁴ Flüeler, 177

In den letzten Jahren haben etliche Kantone Verwaltungsgerichte eingeführt, was aus der Sicht des Prinzips der Gewaltenteilung zu begrüßen ist. In einigen Kantonen können jedoch diese Gerichte nicht angerufen werden, wenn ein eidgenössisches Rechtsmittel zur Verfügung steht, oder wenn in der in Frage stehenden Verfügung Bundesrecht angewendet wurde.

B. Rechtsmittel auf Bundesebene

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht

Bis zum Jahre 1968 konnten im Ausverkaufsrecht verwaltungsrechtliche Entscheide letzter kantonalen Instanzen mit der staatsrechtlichen Beschwerde an den Bundesrat angefochten werden, soweit die Verletzung von Bundesrecht gerügt wurde. Diese Regelung war insofern unbefriedigend, als der Bundesrat als Verwaltungsinstanz selbst über die richtige Anwendung der AVO, welche er selbst erlassen hatte, entschied.¹ Ganz allgemein wurde immer mehr der Ruf nach einer Verwaltungskontrolle durch unabhängige Gerichte laut.² Mit der Revision des OG wurde in der Folge der Zulässigkeitsbereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundes-

¹näheres darüber bei Flüeler, 183

²BBl 1965 II, 1266

gericht stark erweitert und die bisherige Enumerationsmethode durch eine Generalklausel ersetzt.¹ Da die Materie des Ausverkaufsrechtes nicht unter die abschliessend aufgezählten Ausnahmen fällt, kann gegen verwaltungsrechtliche Verfügungen in diesem Rechtsgebiet die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden, soweit im Einzelfall die erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind.² Diese grundsätzliche Zulässigkeit erstreckt sich jedoch nicht auf Verfügungen im Gebiete des Ausverkaufsrechtes, welche strafrechtliche Sanktionen zum Gegenstand haben.³

Mit der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die "Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens" gerügt werden.⁴ Dabei liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Ermessensmissbrauch auch dann vor, "wenn die Behörde sich von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit

¹BB1 1965 II, 1282

²Schilling, 9

Ausnahmekatalog im OG(Art. 99 - Art. 102)

³Art. 100 lit. f. OG
BGE 102 Ib 220

⁴Art. 104 lit. a OG

verletzt." ¹ Unter Bundesrechtim Sinne von Art. 104 lit. a OG ist auch Verfassungsrecht zu verstehen. ² Besteht demnach die Rüge in der Behauptung, es sei Bundesverfassungsrecht verletzt, kann bei vorhandenen Voraussetzungen die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden, womit dieses Rechtsmittel die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt. ³ Immerhin verlangt das Bundesgericht in einem solchen Falle, dass die gerügte Verletzung der BV "mit einer Sache zusammenhängt, die an sich nach Art. 97 OG Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens sein könnte." ⁴

Neben eigentlichen Bundesrechtsverletzungen kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts" gerügt werden, soweit es sich bei den letzten kantonalen Instanzen nicht um Rekurskommissionen oder Gerichte handelt. ⁵ Schliesslich prüft das Bundesgericht

¹ BGE 98 V 131f.

² Huber, Mélanges, 240, 243

³ BGE 104 Ib 121

BGE 10s Ib 67

⁴ BGE 96 I 90

a.M. Huber, Mélanges, 248

⁵ Art. 104 lit. b OG

Art. 105 Abs. 2 OG

auch die Unangemessenheit einer Verfügung, wenn unter anderem über die "Festsetzung von Abgaben oder öffentlich rechtlichen Entschädigungen entschieden werden muss".¹

Zulässig ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen "Anordnungen der Behörde im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen".² Entscheidend ist somit, dass sich die Verfügung auf einen konkreten Sachverhalt bezieht. Dass im Falle einer Verfügung, die in Anwendung der AVO erlassen wird, diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt.³ Da die AVO-Vorschriften von den kantonalen Behörden angewendet werden, richtet sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in diesem Rechtsbereich regelmässig gegen Verfügungen der letzten kantonalen Instanzen.⁴ Berechtigt zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist "wer durch die Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat".⁵ Die erforderliche

¹Art. 104 lit. c, Ziff. 1 OG

²BGE 102 Ib 82
Art. 97 OG
Art. 5 VwVG

³BGE 96 I 415

⁴Art. 98 lit. g OG

⁵Art. 103 lit. a OG

Schutzwürdigkeit fehlt insbesondere in denjenigen Fällen, in welchen der Ausgang des Verfahrens weder die tatsächliche noch die rechtliche Stellung des Beschwerdeführers tangiert.¹ Eine besondere auch für das Rechtsgebiet des Ausverkaufs interessierende Frage stellt das Problem dar, wieweit zum Beispiel Mitkonkurrenten legitimiert sind, eine Verfügung anzufechten, welche einem Dritten einen rechtswidrigen Vorteil gewährt.²

Hat die Vorinstanz bereits in der Sache selbst entschieden, weist das Bundesgericht bei Guttheissung der Beschwerde die Sache an die Vorinstanz zurück;³ andernfalls kann das Bundesgericht das Urteil selbst fällen. Dabei ist es jedoch, abgesehen von einzelnen Ausnahmen, an die Anträge der Parteien gebunden.⁴

2. Die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht

Wie bereits dargetan, lassen sich Verletzungen verfassungsmässiger Rechte durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde rügen, soweit sie in sach-

¹ BGE 101 Ib 185f.
Speziell über die Legitimation von Verbänden:
BGE 101 Ib 110, BGE 100 Ib 336

² Man denke nur an den Fall, in welchem einem Mitkonkurrenten nach erfolgtem Teilausverkauf eine allenfalls unberechtigte Ausnahme vom Geschäftseröffnungsverbot gewährt wird. Näheres:
BGE 101 Ib 186

³ Art. 114 Abs. 2 OG
BGE 104 Ib 316

⁴ Art. 114 Abs. 1 OG
Keiser, 73ff.

lichem Zusammenhang mit einem nach Art. 97 OG anfechtbaren Streitgegenstand stehen. In solchen Fällen kann die staatsrechtliche Beschwerde ihrer subsidiären Natur wegen nicht angewendet werden. Steht jedoch die Verfassungsverletzung nicht in einem solchen Zusammenhang, kann die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen werden. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Rüge sich beschränkt auf den Vorwurf willkürlicher Rechtsanwendung (Verletzung von Art. 4 BV). Von den Voraussetzungen und Wirkungen der staatsrechtlichen Beschwerde war bereits weiter oben die Rede.¹

C. Das Verhältnis der kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittel

Ganz allgemein darf das kantonale Verfahrensrecht die Verwirklichung des Bundesrechtes weder verunmöglichen noch beeinträchtigen. Aus diesem Grunde muss im kantonalen Prozess als Beschwerdeführer zugelassen werden, wer auch nach eidgenössischem Recht zur Anhebung der Beschwerde legitimiert ist.² Aus den gleichen Gründen soll auch die Kognition der der kantonalen Instanz mit derjenigen der Bundesinstanz übereinstimmen,³ und schliesslich darf auch der Begriff "Verfügung" im kantonalen Verfahren nicht enger als im Bundesrecht gefasst sein.⁴

¹ vgl. weiter oben, 359ff.

² Gyi, 209f.

³ Gyi, 214

⁴ BGE 102 V 151

KAPITEL 11:

DAS VERHAELTNIS DER AVO ZUR VER-
ORDNUNG VOM 11. DEZEMBER 1978 UEBER
DIE BEKANNTGABE VON PREISEN

I. Zweck und Inhalt der Verordnung über die
Bekanntgabe von Preisen (PBV)

Die PBV stützt sich auf Art. 20 lit. a - f UWG¹ sowie auf Art. 11 BG über das Messwesen² und trat am 1. Januar 1979 in Kraft.³

Mit der PBV soll erreicht werden, dass der Letztverbraucher sich Klarheit über Waren und Dienstleistungen verschaffen kann, welche er zu erwerben beabsichtigt. Die Verordnung hat somit zu verhindern, dass der Konsument "durch irreführende Preisangaben getäuscht" wird.⁴ Der Erfüllung dieses Zwecks dienen vorab zwei Massnahmen, nämlich die Pflicht zur Bekanntgabe der vom Konsumenten

¹SR 241

²SR 941.20

³Art. 25 PBV

⁴Empfehlungen des BIGA betreffend den Vollzug der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (PBV), vom 29.6.1979, 2.

"tatsächlich zu bezahlenden Preise"¹ sowie das im Grundsatz geltende Verbot, neben dem zu bezahlenden Preis noch weitere (Vergleichspreise) anzuführen.² Unter gewissen Umständen gestattet die FEV allerdings dem Anbieter, neben dem geltenden Kaufpreis noch weitere Preise bekanntzugeben. Dies ist dann der Fall, wenn der "Anbieter" den Vergleichspreis unmittelbar vorher tatsächlich handhabte,³ wenn er "den Vergleichspreis unmittelbar danach tatsächlich handhaben wird"⁴ oder wenn "der Vergleichspreis von andern Anbietern in zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge gleicher Waren oder Dienstleistungen tatsächlich gehandhabt wird."⁵ Analog zu diesen Bestimmungen sind unter anderem die Bekanntgabe von Preisreduktionen, Zugaben und Geschenken zu behandeln.⁶ Spezielle Vorschriften bestehen zudem für Vergleichspreise bei Artikeln modischer Bekleidung und Schuhen.⁷

II. Das Verhältnis der AVO zur PBV

Die PBV soll dem Konsumenten die Möglichkeit geben, sich über die Preise der angebotenen Waren und Dienstleistungen

¹Art. 10 Abs. 1 PBV

²Art. 16 Abs. 1 PBV

³Art. 16 Abs. 2 lit. a FEV

⁴Art. 16 Abs. 2 lit. b PBV

⁵Art. 16 Abs. 2 lit. c PBV

⁶Art. 17 Abs. 1 PBV

⁷Art. 17 Abs. 3 PBV

selbst informieren zu können. Dabei geht es um Klarheit über Angebote, wie sie vom Anbieter alle Tage, also im Rahmen des regulären Geschäftsganges, gemacht werden.

Im Gegensatz dazu geht es in der AVO um die Regelung einer speziellen Form des Warenverkaufs, bei welcher sowohl die Konsumenten als auch die Mitbewerber vor unlauteren Geschäftspraktiken geschützt werden sollen. Dieser Zweck wird unter anderem durch strenge Vorschriften über die zulässige Bekanntgabe von Preisen zu erreichen versucht.¹ Auch die AVO befasst sich somit mit der Festlegung der zulässigen Art und Weise der Preisbekanntgabe, allerdings nur für den beschränkten Bereich von Aus- und Sonderverkaufsveranstaltungen. Für dieses Gebiet ist sie jedoch als "lex specialis" zur allgemeinen PBV zu betrachten. Als solche geht die AVO auch der zeitlich späteren "lex generalis", im vorliegenden Falle der PBV, vor.² Wenn gleich diesem Grundsatz auch keine allgemeine Gültigkeit zukommt,³ muss er doch im Falle der AVO bereits aus sachlichen Gründen zur Anwendung gelangen. Gerade bei der AVO unterstellten Veranstaltungen kommt nämlich der Gegenüberstellung von regulärem und reduziertem Preis eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu; eine Beschränkung solcher Preisgegenüberstellungen auf die in der PBV gestatteten Fälle würde solche Massnahmen bei vielen Aus-

¹Art. 15 Abs. 2 lit. a-f AVO

²Fleiner, 86

³Ammann, 105

M. Imboden, Rechtsprechung, 126 Nr. 242

und Sonderverkäufen zu unerlaubten machen.¹

Aus dem Gesagten geht hervor, dass Veranstaltungen, welche der AVO unterstellt sind, dem Geltungsbereich der PBV entzogen sein müssen.²

¹Zu denken ist etwa an einen Totalausverkauf modischer Kleider infolge plötzlichen Todesfalls, wo eine Angabe der Preisreduktion unter Umständen nicht möglich wäre, weil der alte Preis nicht während der erforderlichen Zeit von 2 Monaten gehandhabt wurde (Art. 17 Abs. 3 PBV).

²Empfehlungen BIGA vom 29.6.1979, S. 20f.

Hingegen falsch: Art. 19 PBV, wo von der Geltung der beiden Verordnungen nebeneinander die Rede ist.

TEIL III :

ZUKUNFTIGE ENTWICKLUNG

KAPITEL 12:

GESETZESREVISION

I. Revision des Bundesgesetzes über
den unlauteren Wettbewerb

Gegenwärtig befindet sich der Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, welcher von einer vom eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement im Dezember 1977 ins Leben gerufenen Expertenkommission ausgearbeitet wurde, bei den Kantonen und interessierten Verbänden in Vernehmlassung. Dieses Verfahren wird voraussichtlich anfangs 1981 abgeschlossen sein. Eine Revision des UWG drängt sich vor allem deshalb auf, weil das heute geltende Gesetz trotz seiner Generalklausel nicht mehr alle Formen unlauteren Wettbewerbs zu erfassen vermag. Infolge der in den letzten Jahren aufgekommenen neuen Wettbewerbsformen ist es "als Instrument für die Sauberhaltung des Wettbewerbs zu schwach geworden".¹

¹Bericht Exp. Komm., 15

Die neue Fassung des UWG soll insbesondere eine klare gesetzliche Grundlage zur Bekämpfung der Lockvogelpolitik abgeben, daneben soll die Revision unter anderem aber auch neue Regelungen über die Problemkreise der Nachfragemacht, der Ausverkäufe, der unlauteren Werbung und des Leistungsschutzes einführen.¹

II. Neugestaltung der AVO

A. Total- und Teilausverkäufe

Es bestehen heute keine Zweifel darüber, dass die Total- und Teilausverkäufe auch in Zukunft notwendig sind, um dem Kaufmann die Liquidation des Geschäftes in ausserordentlichen Situationen ohne grössere Verluste zu ermöglichen. Die bisherigen Vorschriften über die Art und Weise der Durchführung dieser Veranstaltungen haben sich bewährt und geben kaum mehr Anlass zu Problemen. So schlägt denn auch die Expertenkommission vor, die geltende Regelung unverändert ins neue UWG aufzunehmen.² Immerhin gilt es festzuhalten, dass auch der neue Entwurf ein Geschäftseröffnungsverbot nach durchgeführter Veranstaltung für Totalausverkäufe

¹Bericht Exp. Komm., 17

²Art. 30, Art. 31 Entwurf Exp. Komm.

vorsieht.¹ Wie bereits weiter oben gesehen, ist ein solches Verbot als unzulässig zu betrachten und deshalb abzulehnen. Dies gilt ebenso für das Wiederaufnahmeverbot nach erfolgtem Teilausverkauf.²

B. Sonderverkäufe

Wie die wirtschaftliche Bedeutung der Sonderverkäufe deutlich macht, hat die zeitlich beschränkte "Billigaktion" auch heute noch ihre wirtschaftliche Berechtigung. So trifft u.E. die Ansicht der Expertenkommission nicht zu, nach welcher die Entwicklung im Detailhandel "weitgehend an der AVO vorbeigegangen ist."³ Neben dem Hauptzweck des Sonderverkaufs, der ja bekanntlich in der Belebung des Geschäftsganges besteht, dient die Veranstaltung auch in der heutigen Zeit insbesondere in der Modebranche nach wie vor dazu, die jeweiligen Modeartikel am Saisonschluss verbilligt abzustossen. Es ist aber auch unbestritten, dass Sonderverkäufe in hohem Masse geeignet sind, zu Täuschung und Irreführung Anlass zu geben; deshalb ist zum Schutze der Mitkonkurrenten und der Konsumenten an einer Regelung, welche der Ankündigung und Durchführung von Sonderverkäufen zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr sinn-

¹ Art. 30 Abs. 3 Entwurf Exp. Komm.

² vgl. weiter oben, 292ff.

³ Bericht Exp. Komm., 31

volle polizeiliche Schranken auferlegt, festzuhalten. Eine völlige Freigabe der Sonderverkäufe, wie dies im Entwurf zum neuen UWG vorgesehen ist, ist nach dem Gesagten abzulehnen.¹

Die grundsätzliche Erkenntnis, dass eine polizeiliche Regelung der Sonderverkäufe auch inskünftig nötig ist, heisst nun aber nicht, dass die bisherige Regelung unverändert übernommen werden soll. Vielmehr muss gefordert werden, dass zwar an der individuellen Bewilligungspflicht sowie an den Vorschriften über den zulässigen und notwendigen Inhalt der Ankündigung festgehalten wird, demgegenüber jedoch die lediglich wirtschaftspolitisch motivierten Vorschriften über Dauer und zulässige Durchführungperiode aufzuheben sind. Damit werden sich zwar die Grossgeschäfte des Detailhandels häufiger als bisher des Instrumentariums der Sonderverkäufe bedienen; dies wird jedoch u.E. die Existenzmöglichkeiten der kleinen Betriebe nicht weiter einschränken, da dieselben von ihrer Struktur her ohnehin nicht besonders für den Sonderverkauf geeignet sind, ihre Stärke vielmehr im hohen Niveau von Qualität der Ware und der Serviceleistungen liegen.

¹Im Entwurf der Exp. Komm. ist die Regelung über Sonderverkäufe gestrichen, was nichts anderes bedeutet, als dass sie jederzeit und in beliebiger Weise durchgeführt werden können.

Schliesslich ist in der neuen Regelung der Geltungsbereich der AVO insofern zu erweitern, als das "Drogeriesortiment", welches anlässlich der Revision von 1971 ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung von der Unterstellung ausgeklammert wurde, wieder den Vorschriften der AVO zu unterstellen ist.

Curriculum vitae

Ich wurde am 21. April 1952 in Bern geboren. Die Primarschule besuchte ich in Safenwil AG, die Bezirksschule in Zofingen und die Kantonsschule in Aarau. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich am 4. Mai 1977 zum lic. iur. promoviert wurde. Nach drei Jahren praktischer Tätigkeit in der Privatwirtschaft sowie der Verwaltung schloss ich meine Studien am 9. Dezember 1981 mit dem Doktor ab.

